

# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social



## TESIS DOCTORAL

### **El deber de la lealtad en las relaciones laborales individuales y colectivas en Portugal y España**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**José Antonio Lopes Coelho**

Director

Joaquín García Murcia

**Madrid, 2014**

© José Antonio Lopes Coelho, 2014

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**



**TESIS DOCTORAL**

***EL DEBER DE LEALTAD EN LAS RELACIONES  
LABORALES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS EN  
PORTUGAL Y ESPAÑA***

Director de Tesis

**Profesor Doctor D. Joaquín García Murcia**

Doctorando

**José António Lopes Coelho**

Madrid, 2013

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**



TESIS DOCTORAL

***EL DEBER DE LEALTAD EN LAS RELACIONES  
LABORALES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS EN  
PORTUGAL Y ESPAÑA***

Director de Tesis

**Profesor Doctor D. Joaquín García Murcia**

Doctorando

**José António Lopes Coelho**

Madrid, 2013

## Agradecimientos

El proceso de construcción de esta tesis constituye una experiencia amplia y rica, no sólo por los resultados, sino también por los problemas, mitigados estos por la voluntad, persistencia, dedicación y sobre todo por el inicio de un nuevo ciclo que ahora se inicia, o sea el camino de la investigación.

Este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración y el apoyo brindado por personas e instituciones a las que quiero expresar mi reconocimiento y gratitud.

Al Director de Tesis, ilustre Catedrático de la Facultad de Derecho de la UCM, Profesor Doctor D. Joaquín García Murcia, por su dedicación en la dirección de la tesis y su voluntad en llegar a un objetivo de concretización de este estudio, detalles que han enriquecido este nuestro trabajo y por el apoyo permanente y la confianza que han depositado en mí y que ha posibilitado la finalización de esta aventura.

Muy especialmente al Profesor Doctor Félix Sagredo Fernández, así como, evidentemente al Profesor Doctor Deodato Guerrero, amigos para siempre.

No puedo, y porque es una obligación, olvidar a mi amigo Luís Correia, porque aún en situaciones de “*enfermedad informatica*” ha estado siempre presente, y por ello mi cordial consideración.

A Elsa, mi Mujer y Amiga, por su apoyo permanente, pues ha sido mi consejera temporal.

A mis hijos Carolina, André y Joana Rita.

A mis Padres.

A mis Amigos.

A mis Alumnos.

A todos ellos por el apoyo y estímulo necesarios para llevar a cabo este estudio.

Muchas Gracias.

## **Lista de siglas**

Acs.	Acórdãos
ACT	Autoridade para as Condições de Trabalho
AP	Administração Pública
BGM	Bürgerliches Gesetzbuch (Alemanha)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BOE	Boletín Oficial do Estado
CCI	Codice Civile Italiano
CCE	Código Civil Espanhol
CCoE	Código Comercial Espanhol
CCF	Code Civile Français
CCoP	Código Comercial Português
CCP	Código Civil Português
CdT	Code du Travail (francês)
CE	Constituição Espanhola
Cfr.	Conforme
CGT	Confederação Geral dos Trabalhadores
CGTP-IN	Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical Nacional
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CNT	Confederação Nacional do Trabalho
CPAP	Código de Procedimento Administrativo Português
CPCS	Conselho Permanente de Concertação Social
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSDN	Conselho Superior de Defesa Nacional
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CTP	Código de Trabalho Português (Lei nº 23/2012, de 25 de Junho)
CTP	Código do Trabalho Português (Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto)
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
ETE	Estatuto dos Trabalhadores de Espanha
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
IRCT	Instrumento de Regulamentação Colectiva de Trabalho
L	Lei

LRL	Lei das Relações de Trabalho
LSA	Lei das Sociedades Anónimas
LCA	Lei do Contrato de Agência
LCD	Lei da Concorrência Desleal
LOLS	Lei Orgânica de Liberdade Sindical
LOPD	Lei Orgânica de Protecção de Dados
LPDP	Lei de Protecção de Dados Pessoais
PRH	Práticas de Recursos Humanos
PRT	Portarias de Regulamentação do Trabalho
RJAP-PAC	Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum
RT	Relações de Trabalho
SST	Segurança e Saúde no Trabalho
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal Constitucional Espanhol
TCP	Tribunal Constitucional Português
TR	Tribunal da Relação
TSE	Tribunal Supremo de Espanha
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
UE	União Europeia
UGT	União Geral dos Trabalhadores
OIT	Organização Internacional do Trabalho

**ÍNDICE****RESUMEN**

v

**ABSTRACT**

xiii

**0. INTRODUCCIÓN**

22

*1. El ámbito etimológico de la palabra “lealtad”*

22

*2. Estado de la cuestión en la ley y la jurisprudencia*

32

*3. El estado de la cuestión en los estudios doctrinales*

43

*4. Acercamiento preliminar al concepto de lealtad*

50

*5. La lealtad e implicación del trabajador en la empresa*

59

*6. Conexiones del deber de lealtad con otros deberes contractuales*

69

*7. La lealtad en ciertas posiciones y puestos de trabajo*

79

*8. Garantías e instrumentos de los requisitos del deber de la lealtad*

92

*9. Estructura y líneas de desarrollo de la tesis*

101

**0. INTRODUÇÃO**

108

*1. O âmbito etimológico da palavra “lealdade”*

108

*2. Estado da questão na lei e na jurisprudência*

118

*3. O estado da questão nos estudos doutrinários*

129

*4. Aproximação preliminar ao conceito de lealdade*

136

*5. A lealdade e implicação do trabalhador na empresa*

145

*6. Conexões do dever de lealdade com outros deveres contratuais*

155

*7. A lealdade em certas posições e postos de trabalho*

165

*8. Garantias e instrumentos dos requisitos do dever de lealdade*

178

*9. Estrutura e linhas de desenvolvimento da tese*

187

<b>CAPÍTULO I – A RECEPÇÃO JURÍDICA DA LEALDADE: DAS RELAÇÕES PRIVADAS ÀS RELAÇÕES DE NATUREZA PÚBLICA</b>	193
<i>1. A boa fé como ingrediente típico nos contratos e obrigações</i>	193
<i>2. A lealdade como valor compreendido nas relações civis</i>	207
<i>3. A lealdade como valor essencial nas relações de comércio</i>	221
<i>4. A lealdade como valor constitucional e como exigência da actividade pública</i>	234
<i>5. A lealdade na relação entre os poderes públicos e privados</i>	247
<i>6. O dever de lealdade nas relações administrativas</i>	259
 <b>CAPÍTULO II – O DEVER DE LEALDADE NA FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE TRABALHO</b>	273
<i>1. Traços do dever de lealdade nas primeiras formas de trabalho</i>	273
<i>2. A lealdade e respectivas formas de trabalho de transição para a Idade Moderna</i>	281
<i>3. A lealdade no trabalho sindical e corporativo</i>	283
<i>4. O dever de lealdade e as doutrinas que influenciaram as relações laborais</i>	287
<i>5. O dever de lealdade na emergência da legislação laboral</i>	291
<i>6. O dever de lealdade no processo evolutivo do Direito do Trabalho em Portugal</i>	294
<i>7. O dever de lealdade no processo evolutivo do Direito do Trabalho em Espanha</i>	308
<i>8. A representação “leal” enquanto elemento acessório nas relações colectivas</i>	329
<i>9. Reflexão conclusiva do dever de lealdade na formação histórica do contrato de trabalho em Portugal e Espanha</i>	339
 <b>CAPÍTULO III – O DEVER DE LEALDADE COMO DEVER BÁSICO DO CONTRATO DE TRABALHO</b>	357
<i>1. O contrato de trabalho como contrato bilateral e sinalagmático</i>	357
<i>2. O dever de lealdade na fase prévia da contratação</i>	368
<i>3. O dever de lealdade na celebração do contrato de trabalho</i>	380
<i>4. O alcance material e funcional do dever de lealdade</i>	392
<i>5. O dever de não concorrência desleal</i>	401
<i>6. O dever de lealdade e as actividades externas à empresa</i>	412
<i>7. Incumprimento do dever de lealdade e o poder disciplinar empresarial</i>	425



<b>8. O dever de lealdade do empregador: respeito e cuidado do trabalhador</b>	<b>436</b>
--	------------

<b>CAPÍTULO IV – DEVER DE LEALDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE TRABALHO</b>	<b>444</b>
--	------------

<i>1. Dever de lealdade no exercício dos Direitos Fundamentais no contrato de trabalho</i>	444
<i>2. Dever de lealdade e protecção dos dados pessoais</i>	464
<i>3. Dever de lealdade e direito à intimidade</i>	473
<i>4. Dever de lealdade e liberdade de expressão</i>	484
<i>5. Dever de lealdade e os direitos de manifestação e reunião</i>	498
<i>6. Dever de lealdade e liberdade ideológica e convicções</i>	503
<i>7. Dever de lealdade do trabalhador nas organizações de tendência</i>	514
<i>8. Dever de lealdade e o exercício de acção judicial</i>	520

<b>CAPÍTULO V – O DEVER DE LEALDADE NAS RELAÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO</b>	<b>530</b>
---	------------

<i>1. O sistema de relações laborais: actores e actividades</i>	530
<i>2. O dever de lealdade da empresa perante os representantes dos trabalhadores</i>	541
<i>3. O dever de lealdade dos representantes perante os representados</i>	550
<i>4. A democracia interna das organizações sindicais e empresariais</i>	557
<i>5. A lealdade dos representantes dos trabalhadores perante a empresa</i>	566
<i>6. Dever de lealdade e dever de negociar de boa fé</i>	577
<i>7. O dever de lealdade nos processos de consulta</i>	590
<i>8. O dever de lealdade em caso de greve e conflito colectivo</i>	597

<b>CAPÍTULO VI – O DEVER DE LEALDADE NAS RELAÇÕES LABORAIS ESPECIAIS E EM TRABALHOS COM PARTICULARIDADES</b>	<b>610</b>
--	------------

<i>1. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de trabalhadores dirigentes</i>	610
<i>2. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de empregados domésticos</i>	621
<i>3. O dever de lealdade nos contratos de trabalho dos representantes comerciais</i>	628

<i>4. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de desportistas profissionais</i>	634
<i>5. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de artistas em espectáculos públicos</i>	643
<i>6. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de advogados em escritórios privados de advogados</i>	648
<i>7. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de profissionais de informação</i>	655
<i>8. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de professores de religião em centros públicos</i>	663
<i>9. O dever de lealdade nos contratos de trabalho dos empregados públicos</i>	672
<b>CAPÍTULO VII</b>	682
<b>CONCLUSIONES</b>	682
<b>CONCLUSÕES</b>	712
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	738

## Resumen

Para el desarrollo de la presente investigación, debe de tomarse en consideración que el deber de lealtad, en el contrato de trabajo, es una manifestación del principio de buena fe, que debe prevalecer en toda la vida del contrato, ya que resulta evidente indicar que esta regla de lealtad, en cuanto conducta, comprende una integración compleja de elementos ético sociales, que corresponden en primer lugar a la buena intención que acompaña la conducta leal y honesta; y en segundo lugar, implica elementos accesorios que dependen de la jurisprudencia y, consecuentemente de la técnica jurídica de apreciación, y ésta es una de las razones por lo que cuestionamos y analizamos el deber de lealtad en las relaciones laborales, porque es nuestra convicción, que es un elemento nuclear en el desarrollo de la esencia de la relación laboral.

El deber de lealtad ofrece insinuaciones muy significativas por cuanto de él derivan deberes comunes para las partes, - empleador, trabajador y representantes -, tales como la diligencia, colaboración, solidaridad, confianza, y, a su vez, obligaciones que moralizan la prestación de cada una de ellas.

Si el deber de lealtad, es impuesto a todos los actores implicados en las relaciones laborales, entonces se traduce en una escrupulosa observancia de la protección de los intereses de las partes y como tal, deben abstenerse de toda acción que pueda perjudicar esas mismas relaciones, y en cuanto a las concreciones del deber de lealtad, la legislación y la jurisprudencia, se relacionan con la prohibición de utilizar los bienes sociales en beneficio propio, y a la prohibición de aprovechar oportunidades comerciales en el mismo beneficio; así como el deber de secreto, observándose al mismo tiempo una falta de fijación expresa del deber de los trabajadores de no competir con el empleador.

Para definir lealtad con mayor rigor recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua que nos dice que es el: “*cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad*”, y a su vez, define el término fidelidad como, “*(...) la existencia de un acto o promesa primigenia, seguida de actos posteriores que le son coherentes y armónicos*”. El término castellano *fidelidad* proviene del latín *fidelitas-atis* y equivale a lealtad, cumplida adhesión, observancia de la fe que uno debe a otro, verdad, sinceridad, constancia en los afectos y en el cumplimiento de sus obligaciones, y en definitiva, es nota esencial en aquel que cumple sus promesas y por ello se muestra digno de confianza.

De esta forma, cuando se viola el deber de lealtad, se incumple la confianza con la que se llevaría a cabo un comportamiento adecuado al acto o promesa originaria que dio lugar a la relación jurídica que se ve afectada; no ocurre lo mismo, en cambio, con el elemento de la transparencia, propio de la buena fe, o sea, la transparencia exige por sí misma el encadenamiento con actos o promesas previas, así como una conducta clara que permita visualizar lo que hay detrás de un acto o promesa que tenga el objetivo de producir efectos jurídicos.

En las relaciones laborales, no basta con tener una actuación conforme a Derecho, o no ejercer conductas fraudulentas, sino que por el contrario, es necesario emprender actuaciones positivas y negativas, con tal de satisfacer las necesidades que le incumben a cada uno de los actores sociales, en unos intereses que, en principio, se presentan como antagónicos, y que terminarán siendo armónicos.

La lealtad exigible impone normalmente obligaciones de carácter negativo, y las principales son, el deber de secreto, el de custodia, cuidado y abstención de ejecutar acciones que dañen el interés ajeno, o sea el deber de no concurrencia.

De hecho, la lealtad impone obligaciones de carácter positivo como las de comunicar y suministrar toda la información que se conoce o se debe conocer, de acuerdo con la debida diligencia, así como el deber de cooperación permanente y constante con el fin de satisfacer solidariamente los intereses contractuales.

Haremos una breve recorrido en el ámbito histórico del deber de buena fe que estuvo asociado a la concepción de *fidelidad*, que imponía al trabajador un sometimiento absoluto a su empleador, y esta idea, de origen germánico, se incluyó en la teoría comunitaria de la empresa, surgida en el período entre guerras mundiales. De acuerdo a esta teoría, el contrato de trabajo generaba una comunidad entre trabajador y empleador, en virtud de la cual el primero le debía una *fidelidad* absoluta al segundo.

Se trataba de una corriente basada en la *auctoritas* del empleador, de un lado, y la lealtad absoluta de los miembros a él vinculados, de otro; dado que el trabajador sólo puede llevar a cabo un comportamiento fiel, obediente y subordinado, tal como se infiere de la doctrina.

Este deber de *fidelidad* establecía la consideración de deberes accesorios al contrato de trabajo, que obligaban únicamente al trabajador. Se consideraba que no cabía en la relación laboral el antagonismo de intereses entre empresarios y trabajadores, pues el único interés que primaba era el del empleador.

Concluida la guerra, gradualmente la doctrina *iustlaboralista* europea se va decantando por las tesis contractualistas, abandonando todo vestigio de las concepciones comunitarias, salvo como es posible advertir, en el caso de España y Portugal, en donde los regímenes dictatoriales que perduraron hasta bien avanzado el siglo XX estuvieron fuertemente marcados por estas ideas corporativas.

Y es nuestro objetivo comprobar que cuando se habla de lealtad en las relaciones de trabajo, es preciso que haya reciprocidad, olvidando que hoy, tradicionalmente, se ha formulado el deber de *fidelidad* como una obligación casi unilateral del trabajador, y sin embargo, parece posible sostener que la obligación de lealtad es, o debe ser, recíproca; o sea una lealtad con un concepto moderno, y no con una actitud nostálgica que recuerde el servilismo.

Concomitantemente, y en cuanto al contenido de la buena fe en materia laboral se destacan dos cuestiones fundamentales: primero, que se ha dissociado de la idea de lealtad y *fidelidad* absoluta, y segundo, que se ha entendido como una exigencia de naturaleza bilateral, y de esta forma la buena fe se ha despojado de una fundamentación de carácter comunitario, lo que la mantuvo históricamente concebido como un deber de *fidelidad* de significativa intensidad y con fuertes reminiscencias autoritarias. En nuestros días se recompone como un deber de colaboración recíproca y limitada entre las partes, o sea, existe hoy en día una bilateralización del deber de lealtad.

Sin perjuicio de que no existe un concepto particular, la buena fe se traduce en una obligación de las partes contratantes que les exige actuar lealmente, sin intención de dañar o "*oscurecer*" las cláusulas acordadas, y obliga a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tema jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho, como de una obligación; en el fondo, se hace referencia a valores tradicionales y esenciales para el ordenamiento jurídico como son la confianza, la lealtad, la honradez o la rectitud.

Como se suele destacar la buena fe concibe deberes recíprocos en el contrato de trabajo, y es indudablemente obligatorio que trabajadores y empleadores deben cumplir sus obligaciones y ejercer sus facultades, derechos y poderes de acuerdo con la buena fe, concebida ésta como norma de comportamiento leal y honesto.

A lo largo de este estudio de la legislación laboral, basada en criterios de rendimiento y competencia del trabajador, la legislación franquista y salazarista, hacía hincapié en el deber de asistencia y protección por parte de los empresarios, que debía ser correspondido con obediencia, lealtad y subordinación por parte del personal, o sea, los postulados básicos de las

normas serían el deber recíproco del deber de lealtad y la *fidelidad* y subordinación *como si de un ejército se tratase*, en que el vasallaje sería lo esencial.

El legislador ibérico ha sido claro, ya que ambas partes, trabajador y empleador se encuentran obligados a obrar de buena fe, es decir, lealmente, sin faltar al cumplimiento del contrato de trabajo celebrado entre ambos ya que de lo contrario, si alguno no obra de manera leal, se extingue el vínculo laboral entre ambos, y en cuanto tal, nos conduce a la mera idea de la honestidad de ambas partes es decir en la relación laboral en la práctica, durante la prestación del trabajo, impuesta por las obligaciones contractuales derivadas del mismo contrato de trabajo.

El deber de lealtad constituye una obligación esencial dentro del esquema de toda relación de trabajo ya que el trabajador, al insertarse en la estructura de la empresa, accede a determinadas informaciones por lo general de carácter comercial y/o técnicas que al empleador le interesa mantener confidenciales y/o bajo reserva en virtud de su propio interés particular.

Tal deber de lealtad, se debe de observar, fundamentalmente, en tres aspectos esenciales de la relación laboral, a saber: prohibición de entablar concurrencia al empleador, deber de guardar reserva o secreto sobre las informaciones confidenciales a que tenga acceso, y prohibición de aceptar sobornos o dádivas.

En cuanto deber independiente de la prestación principal, el deber de lealtad nace con la celebración del contrato de trabajo, y puede tener una característica de posteficacia, pues puede perdurar luego de la cesación laboral, tal como es proclamado en el apartado f), número 1, del artículo 128 del Código de Trabajo portugués (CTP), y su violación es causa de despido conforme establece el artículo 351.

En el Estatuto de los Trabajadores españoles (ETE) no se acentúa el deber de lealtad de una forma clara, pero el apartado 2, del artículo 20, recalca que *el trabajador y el empleador se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*, y este deber se desdobra en deber de secreto, por el que trabajador está obligado a guardar los secretos relativos a la explotación y negocios de su empleador; y el deber de lealtad, en cuanto regla de conducta honesta y transparente de la información; el deber de no aceptar sobornos, regalos o ventajas de terceras personas que llevan al incumplimiento de sus deberes contractuales; y deber de no concurrencia. Como indicamos, el incumplimiento del deber de buena fe es causa justa de despido conforme establece el párrafo d), del apartado 2, del artículo 54 del ETE.

La doctrina jurisprudencial ibérica de los Tribunales comunes y del Constitucional, así como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), han venido a remarcar que la

deslealtad o abuso de confianza en las relaciones laborales, vulnera los deberes de probidad, lealtad y confianza que han de inspirar el cumplimiento del contrato de trabajo.

Podríamos circunscribir al deber de lealtad en el trato que debe impregnar de claridad y sinceridad en todas las actuaciones e informaciones sobre el negocio del empleador, y su finalidad es la creación de un ambiente propicio para el desarrollo de la estructura organizacional, que permita una generación de riqueza, una ágil circulación de información y un cumplimiento puntual y serio de los compromisos adquiridos.

Por tanto no se limita sólo al estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales sino que abarca también la configuración de los mismos contratos, y preside su formación. En esta primera etapa de la conformación del contrato, es de especial importancia manifestar claramente las circunstancias personales y hacer patente la situación real del objeto del contrato, sin permitir que su evolución, que en muchos casos es considerable, conduzca a posibles errores que no sean de fácil verificación.

Es necesario informar de todas las circunstancias que puedan interesar a la contraparte: las peculiaridades de la legislación laboral, las circunstancias específicas que no puedan ser conocidas por el futuro contratante luego de un estudio profesional adecuado y que constituyen en cierta forma una extensión de las obligaciones pre y post-contractuales.

El deber ético-jurídico puede llegar a violentar o llegar a obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, como por ejemplo vulnerar su libertad de expresión, libertad de culto, etc., temas muy delicados, que han originado importantes debates y cuestionamientos doctrinales al respecto, pues en algunos casos puede darse una legítima intención de incumplir el deber contractual.

Partiendo del principio de que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización empresarial ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestras normas fundamentales.

De entre los derechos fundamentales que abordaremos, y en los que existe una correlación con el contrato de trabajo, la libertad de expresión, es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado Democrático; y al tratarse del derecho a la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, el ciudadano dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la

exposición de las mismas y que no contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, tales como la igualdad, dignidad o el derecho a la intimidad.

En la configuración de las relaciones laborales, la consulta, información y honestidad, con lealtad, juegan un papel importante, sobre todo como instrumento de carácter colectivo, como parte de los derechos propios de los representantes de los trabajadores y en cuanto instrumento que puede utilizarse en las situaciones de conflicto en la empresa, y también tiene una perspectiva individual ya que cada trabajador es en cuanto a ciudadano, titular del derecho.

Es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones derivadas del contrato de trabajo para el trabajador, y el ámbito de su libertad Constitucional, la limitación del derecho sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial, porque el ejercicio de la libertad de expresión del trabajador no puede amparar una actitud del trabajador dirigida a causar daño material o moral a la empresa.

En cuanto al respeto a la libertad ideológica y religiosa los mismos exigen que no se discrimine a los trabajadores en sus condiciones de trabajo, ni se provoque la extinción del contrato por razones relacionadas con su ideología o creencia. Sin embargo, tampoco pueden exigir al empresario la modificación del calendario laboral para que el día de descanso del trabajador coincida con el que su religión preceptúa, y además, ciertas empresas suponen cierta limitación a la libertad ideológica del trabajador o al menos matiza su ejercicio, y aunque no se le puede exigir al trabajador que comparta ideología, sí que se abstenga de manifestaciones contrarias y hostiles a la misma naturaleza de la empresa.

El prestigio profesional está incluido en el derecho al honor, en cuanto a la propia imagen, en el ámbito del contrato de trabajo, y debe tomarse en consideración en el propio objeto del contrato, en la medida en que pueda entenderse que exija, conforme a las exigencias de la lealtad, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que conduce a contratar a las partes.

La conexión del deber de lealtad con los derechos fundamentales conlleva el que en los países estudiados, en casos con algunas particularidades, se tenga que recurrir a las instancias Europeas, tal como el TEDH, con el fin de consolidar el efecto positivo de los mismos en las relaciones laborales.

La doctrina jurídica laboral y la propia jurisprudencia constitucional han asumido lo que aquí denominamos una tesis fuerte en materia de derechos fundamentales del trabajador: estos derechos son considerados principios, y no reglas, y, por lo mismo, se aplican mediante la técnica de la ponderación.



Pero, nos preguntamos: ¿qué derechos fundamentales son los que pueden entrar en colisión en el marco del contrato de trabajo?

De un lado, *“el empleador es titular de un derecho que, en la mayor parte de los ordenamientos positivos, con una o otra denominación (libertad de empresa, libertad económica o libertad de organización económica, por ejemplo) y de manera expresa o implícita (deducida del derecho de propiedad), tiene anclaje constitucional”*, y es a través de esta premisa por lo que nosotros pretendemos hacer nuestro análisis sobre el tema del deber de lealtad.

Los derechos fundamentales se relacionan con el resto del contenido del contrato de trabajo y se utilizan en un plano de coordinación horizontal, con los restantes elementos prescriptivos del mismo, tal como la buena fe o la lealtad, y en definitiva, este proceso de reconstrucción teórico-jurídico del contrato de trabajo, implica indefectiblemente avanzar hacia un modelo democrático de relaciones laborales, que dé cuenta del conflicto consustancial en una relación caracterizada por la desigualdad y por la existencia de un poder social de enorme entidad, y a la vez, que sea capaz de elaborar los mecanismos necesarios para dar cauce a ese conflicto, a través de la conformación de un contrapeso, que permita el reequilibrio de los actores de la relación de trabajo, esencialmente en el plano colectivo, junto con el posicionamiento de los derechos fundamentales, como límites de los poderes empresariales.

La buena fe y la lealtad entre las partes son principios indispensables para el buen desarrollo de las relaciones laborales colectivas, y es incuestionable que todos los sectores sociales deben estar convencidos y comprometidos para actuar de buena fe para la plena realización de la justicia y la equidad, debiendo afianzarse estos valores en las normas correspondientes.

La resolución de litigios, ha de sustentarse en el marco de la ley, en los valores fundamentales de la justicia, la equidad y el diálogo, por lo que todos los actores implicados propiciarán el desarrollo de una cultura laboral que promueva la consecución de los mismos, y, para alcanzar los objetivos de una cultura laboral transparente, las partes en diálogo acordaron promover principios y reglas de carácter ético, con la idea de que algunos de ellos sean incorporados a las normas de la legislación laboral. Es decir, los trabajadores, los empleadores, los sindicatos y las autoridades laborales deben impulsar una cultura de cumplimiento de las normas jurídicas, convencidos de los valores que las mismas promueven, y sólo conduciéndose siempre con una alta conciencia moral, leal, y en estricta relación con el derecho, en virtud de lo cual es posible preservar y crear fuentes ocupacionales y lograr la

armonía social, contribuyendo así a la consolidación de una sociedad democrática laboral y colectiva. El ejercicio de la representación legal, tanto de empleadores como de trabajadores, deberá llevarse a cabo en estricto contacto con los principios éticos y jurídicos que permitan su correcto y transparente desarrollo, porque en nuestra convicción es corolario, en las relaciones colectivas, guardar la lealtad y confidencialidad debidas, con respecto a los trabajadores, pero también por supuesto con los empleadores.

No albergamos dudas de que el deber de lealtad, dentro del ámbito del transcurso de la concertación social comporta un elemento flexibilizador, lo suficientemente manejable para adaptarse a circunstancias variables, y a la vez, limita el ejercicio de derechos en el sentido de que cualquier comportamiento contrario a éste, puede tacharse de antijurídico, en tanto que atenta contra un principio general que conforma el ordenamiento jurídico. Asimismo, vinculándose con valores metajurídicos, esencialmente consideraciones éticas vigentes en un momento determinado en la sociedad, y con circunstancias socioeconómicas que condicionan cada caso en concreto, y permiten perfilar tanto las vías procedimentales a seguir como las conductas exigibles para dar cumplimiento a la finalidad perseguida es decir a un acuerdo producto de la concertación de voluntades.

Abordaremos el deber de lealtad en las relaciones laborales especiales y en empleos con particularidades, dado que estos regímenes jurídicos en estas relaciones laborales establecen los deberes de lealtad y confianza en cuanto elemento nuclear.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "*de confianza*" es una locución que se utiliza para referirse a la persona con quien se tiene trato íntimo o familiar y, "*confiar*" importa encargar o poner al cuidado de uno algún negocio u otra cosa.

Significa, también, depositar en uno, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, los bienes, el secreto u otra cosa cualquiera.

Es decir que un trabajador de confianza es un trabajador que ha recibido de su empleador el encargo de realizar funciones o labores especiales o delicadas, en la seguridad de que por su capacidad, honorabilidad, lealtad y buena fe, está en posibilidad de cumplirlas, o en la esperanza de que lo hará en la forma convenida o que mejor convenga a su comitente.

O sea, el trabajador de confianza no necesariamente ejerce funciones de dirección; por el contrario, los trabajadores de confianza difieren de los altos empleados (directores, gerentes, administradores, etc.), porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección.

En la doctrina investigada, es común el pensar que dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores suyas, otorgándoles una suerte de representación general, y por lo tanto ser leal es no divulgar o vender información, no traicionar la confianza.

El ejercicio de ciertas actividades profesionales implica el saber y conocer parte de la vida privada, pública o comercial de un empleador, aspectos que asumen la calidad de íntimos y que no deben ser conocidos por terceros.

En efecto, dichas revelaciones al trabajador, se realizan en cuanto son imprescindibles para que el profesional pueda dimensionar el problema y responder en forma apropiada a la expectativa de solución que se le pide, y de este modo surge un deber de lealtad frente a quien deposita su confianza.

La pretensión del deber profesional se hace más evidente en aquellas situaciones en las que la información a la que accede el trabajador toca con las esferas más íntimas del empleador, como en el caso de los trabajadores directivos, los abogados, los empleados de hogar y profesores de religión, pues ellos son depositarios de asuntos y actividades vinculados con cuanto se refiere a la intimidad de la persona; y en relación con el empleador, la confianza y la lealtad son valores que presiden dichas relaciones interpersonales.

Al ser *la mutua confianza* el fundamento del contrato de trabajo, y dado que gravita en el deber recíproco de lealtad contractual, es nota característica y distintiva de estas relaciones laborales el derecho del empleador a desistir del contrato, sin precisar causa que lo justifique, bastando el pago de la indemnización y un preaviso.

Para justificar como causa de despido la deslealtad o abuso de confianza, no bastan meras conjeturas sino que se requieren pruebas, pues la violación del deber de lealtad sólo puede enjuiciarse desde la óptica de ejecutar actos específicamente prohibidos o contrarios a las instrucciones del empleador, o de aquellos actos que, por su evidente rechazo social, entren dentro de la prohibición tácita que genera cualquier actitud ilegal o inmoral.

## **Abstract**

For the development of the present investigation, one should understand that the duty of loyalty within a labor contract, is a manifestation of the principal of good faith, that should

prevail for the whole life of said contract, enhancing the rule of loyalty as a conduct, understanding the complete integration of all social and ethical elements that inherently are a part of the good intention that is vinculated in a loyal and honest conduct. Secondly, this contract contains all accessory elements that depend on jurisprudence, therefore, all the appreciation of juridical techniques is one of the reasons for which, one questions and analyses the duty of loyalty in labor relations, it is our conviction, that this is a fundamental element on the development and sustainability of the labor relation.

The duty to loyalty, gathers very significant insinuations as from it derives common duties to all involved parties, – employer, employee and representatives -, such as diligence, collaboration, solidarity and trust, reciprocating obligations that moralize the execution of each one of them.

If the duty to loyalty is imposed to all parties involved in the labor relationships, then it implies a meticulous watch of the protection of interests on all parties, and as such, they should abstain from all and any action that might jeopardize the mentioned interests, while all concessions to the duty to loyalty, legislation and jurisprudence, refer to a prohibition of using social benefits for private use, the prohibition to take advantage of commercial opportunities for private use, the duty of confidentiality, observing the sacred duty of all employees not to compete with the employer.

To define with maximum rigor the concept of loyalty, one should invoke the definition offered by the Royal Spanish Academy of language that states “*compliance with the stated within the loyalty law*”, which defines the term of loyalty as being “*(...) the existence of a primary promise, followed by coherent and harmonic acts*”, in which the Castilian term of *fidelidad* derives from the latin *fidelitas-atis* wich in term would come to signify loyalty, complete adhesion, the duty of faith to each other, truth, sincerity, constancy on all actions, fulfilment of all obligations and definitely emphasizing the one which fulfils all promises thus becoming worthy of being trusted.

In this way, when the duty of loyalty is violated, the failure of trust, of which an adequate behaviour is required in the act of the original promise, becomes an affected juridical relationship, being not the same as, for instance, an element of transparency, which is a requirement of good faith itself. In other words this transparency, demands by itself a complete chain of acts and previous promises that are a clear conduct allowing one to visualize what is beyond an act of promise that tends to produce juridical effects.

In all labor relations, it is not enough to act only according to the right of law or not practice fraudulent conducts, but instead, it is necessary to all parties, to act in a positive and

negative manner in order to satisfy all interests, as some start as litigious and end harmoniously.

The required loyalty, as a principle imposes obligations that are usually negative, principles such as the duty to secrecy, custody, carefulness and the abstention of executing any action that might jeopardize the interests of others, meaning the duty of no competition. Loyalty also imposes obligations of a positive character such as communicating and summarizing all known and unknown information relevant to the due diligence, as well as a permanent and constant cooperation in order to satisfy all pre-accorded mutual interests.

As an historical perspective, one shall make a brief incursion to the duty of good faith that was associated to the concept of *fidelity*, imposing the worker with an absolute subjugation towards his employer. This idea of Germanic origin was founded during the period between the great wars, as a common rule within enterprises. In accordance to this theory, the work contract generates a close bond between employer and employee, implying an absolute *fidelity* from the employee to its employer.

This current of thought was based upon an employer's "*auctoritas*" from one side and the absolute loyalty of all vinculated members from the other side, meaning that the employee, according to the doctrine, should behave faithfully, obediently and subordinately.

This duty to *fidelity* established in principle all the inherent duties related to a labor contract that bonded solely the worker. There was no room in the labor relationship for the antagonism of interests between employers and employees, as the only interest was the employers.

As the war ended, the European *iuslaboralista* doctrine will dilute itself into the existing contractual theories, quitting every and all vestiges of communitarian conceptions, except as can be noted in Spain and Portugal, where the dictatorial regimes lasted until the late XX century and all enterprises were deeply marked by corporative ideas.

It is our objective to corroborate that when talking about the principle of loyalty within labor relationships, it is mandatory the existence of reciprocity, forgetting that, traditionally in our days, the duty of *fidelity* is regarded as an unilateral obligation by the employee, however it seems possible to sustain an obligation of loyalty that is and should be reciprocated, as a modern concept of loyalty, not a nostalgic attitude towards remembering servitude.

Therefore, regarding the contents of good faith when talking about labor, fundamental questions will arise: primarily, the disassociation of the idea of loyalty and absolute *fidelity*, secondly, the understanding of a natural bilateral demand, and in this way, good faith looses the substantiation of a community character that historically was part of the duty of *fidelity*

with strong authoritarian reminiscences, gathering nowadays as a duty of limited and reciprocal collaboration between parties; in other words, today exists a bilateral duty of loyalty.

Nonwithstanding the inexistence of a particular concept, good faith translates itself into an obligation in which all contractual parties must act in a loyal manner, without intent to damage or hide accorded clauses, signifying the need to observe a certain respect and loyalty within the juridical traffic, be it in the exercise of a right or an obligation, ultimately referring to the essential and traditional values of the legal system, such as confidence, loyalty, honour and rectitude.

Good faith is usually highlighted by concepts of reciprocal duties on the contract, being mandatory that employees and employers should fulfill their obligations and exercise their rights, faculties and powers according to the good faith implied as a norm of good, loyal and honest behaviour.

The way we do in this study, labor law is based on the employee's skills and performance. The franquista and salazarista legislations, demanded and made no concessions on the duty of employers to render the employees assistance and protection, that should be met with obedience, loyalty, and subordination, in other words, the basic principles should be the reciprocal duty of loyalty, faithfulness and subordination *as if it was an army in which vassalage would be the predominant factor*.

The Iberian legislator has made clear that both parties, employee and employer, are obliged to act in good faith, meaning loyalty, without lack of fulfilment of the contract celebrated between both parties, meaning that contrary to it, if any of the parties act in a disloyal manner, the labor bond between them terminates, and as such, leading us to the mere idea of honesty by both parties during the relationship, maintaining those labor bonds as imposed by the contractual obligations inherent to the same contract.

The duty to loyalty is an essential obligation within the scheme of the work relationship, since the worker by inserting himself in the structure of the enterprise, has access to certain information that by their commercial and or technical nature, the employer has a need to keep confidential and or reserved due to his own interest.

This duty to loyalty should be observed, specially, in three essential aspects of a labor relationship: the prohibition of competing with the employer, the duty to guard secrecy of the work contract, the duty to guard secrecy of all accessible information and the prohibition of accepting any bribery or gifts.

As an independent duty of the main labor capacity, the duty to loyalty comes with the celebration of the labor contract and it can assume a post term characteristic lasting beyond the labor cessation as it is stated on line f), number 1, of the Portuguese Labor Code, article no. 128 (CTP) in which its violation causes the dismissal as established in article 351.

In the Statute for Spanish Workers (ETE), the duty to loyalty is not so clear, although on paragraph 2 of the article 20, it states that both parties will submit their conduct to the duty of good faith and that, the duty of secrecy, in which the employee is obliged to keep all secrets related to the exploration and businesses of his employer, the duty of loyalty, by ruling his life according to an honest and transparent conduct, the duty of not receiving any payments or any gifts from third parties that might beneficiate him, as an act of corruption in order not to correctly fulfill his contracted duties and the duty of non competition, are integrated within. The failure of compliance is just cause for dismissal as established in paragraph d), linear 2, article 54 of ETE.

The Iberian jurisprudence doctrine of the Commons and Constitutional Courts as well as the European Court of Human Rights (TEDH), have been strengthening the position that disloyalty or mistrust in labor relations weakens the duty of integrity, loyalty and trust that should inspire the fulfilment of the labor contract.

One could include the duty of loyalty in the clear and sincere way all information and actions are handled, regarding the employer's business, its purpose being the creation of a healthy environment for the development of the organizational structure, allowing the generation of wealth, agility of the circulation of information and a scheduled compliance to the committed compromises.

Therefore, loyalty does not submit solely to the strict fulfilment of the contractual obligations, it also includes the configuration of mentioned contracts guiding its formation. In this first stage of the formation of the contract special importance is given to the clear manifestation of personal circumstances and to the clarification of the purpose of the contract, avoiding in the way, which in many cases is quite considerable, possible errors where an easy verification may not be possible.

It is necessary to provide information regarding all circumstances that might interest the other party: the peculiarities of the labor legislation, the specific circumstances that may not be known by the future employer with out the benefit of an appropriate professional study therefore constituting in a way an extension to the pre and post contractual obligations.

The ethical juridical duty can impair or even be violet towards the fundamental rights of the employee, it can restrict his freedom of speech or freedom of religion, as examples, and

it is also a very delicate subject, several debates have been made and scholar opinions have been given, since there could exist in some cases, a legitimate intention of not fulfilling the contracted duties.

Having as a principle, that the labor contract cannot be considered a grant for the reduction of the fundamental rights of the worker as a citizen, cannot be unknown that the integration on a foreign entrepreneurial organization modulates those rights in the way that is strictly necessary for the correct and ordered development of the productive activity maintained, a reflexion of rights consecrated within our fundamental norm.

Within the fundamental rights that we shall approach and unfold that have a correlation between the labor contracts, freedom of speech, is a fundamental value and a requisite to the functioning of the State of Democracy, and also by being the right to formulate personal opinions and beliefs without pretention of performing acts or stating objective information, the citizen has a field of action that is delimited by the absence of undoubtedly injurious expressions that result in unnecessary exposure to the same actions and do not contravene other constitutional values and fundamental rights such as equality, dignity and the right to intimacy.

On the framework of labor relations, consultation, information and honesty with loyalty, play an important role as a instrument of collective character, as part of the rights, the worker's representatives possess and as an instrument that might be used in situations of conflict within the business, but also it has an individual perspective in which, each worker as a citizen possesses rights of his own.

It is necessary to preserve the balance between the obligations inherent to the worker's labor contract and the amplitude of his constitutional freedom, the limitation of this rights will occur as strictly necessary measure for the benefit of the business because the exercise of freedom of speech cannot be sustained by a miss action of the worker causing material or moral damage to the business.

Regarding the aspect of religious and ideological freedom the same rights demand that no employee should be discriminated in his working conditions or amount to the extinction of the contract by reasons related to ideology or personal beliefs. However one cannot demand the employer any changes in the labor calendar so that the rest day of the worker coincides with his established religion, and also the fact that some companies of reference assume some limitation on ideology by the worker or at least discretion in its exercise, a worker cannot be expected to share ideology but is expected to abstain from any manifestation contrary or hostile to the business.



The professional prestige is included within the right of honour, and it is represented as the image of both parties within the labor contract, the purpose of the contract should be taken in consideration as well as a way in which one might understand the demands, such as the demand of loyalty, the limitation of fundamental rights, for the realization and satisfaction of interests that lead both parties to agree on the contract.

The connection between the duty of loyalty and fundamental rights is there for proven, although in the studied countries, the parties, in some cases with certain specificities had to refer to the European Courts such as TEDH, providing this way an additive on labor relations.

Labor's juridical doctrine and the constitutional jurisprudence itself have assumed here what one denominates as a strong thesis with regards to the fundamental rights of workers, rights which are considerate as principles and not rules therefore are applied accordingly to a rational technique.

Still one question: which fundamental rights are the ones that can clash within the labor contract framework?

Well, on one hand, *“the employer is entitled to a right, that in most of the positive sentences, however called (freedom of business, economic freedom or freedom of economic organization for instance), in an implied or straightforward manner (removed from the right of ownership), has constitutional weight”*, it is through this premise that one pretends to perform our analysis to the subject of duty of loyalty.

The fundamental rights are related to the rest of the content of the labor contract and are horizontally coordinated with the remaining prescriptive elements of same contract, such as good faith or loyalty, and definitely, this process of a theoretical-juridical reconstruction of the labor contract, implies undoubtedly the need to move towards a democratic model of labor relations, one that is able to handle the substantial conflicts in relations characterized by inequalities and the existence of a social power of enormous magnitude and on the other hand, that is capable of developing all necessary mechanisms to voice this conflict, through the creation of a counterweight that allows a rebalancing of all parties of the labor relation, especially in the collective plane, together with the positioning of fundamental rights as a boundary to entrepreneurial powers.

Good faith and loyalty between the parties are indispensable principles for the good development of collective labor relations and it is unquestionable that all social sectors should be convinced and committed to act in such good faith for the full realization of justice and equity, entrusting these values to the correspondent norms.

The resolution of litigations, should support itself within the rule of law, in the fundamental values of justice, equality and dialogue, so that all implied parties within the contract are able to help build a labor culture that fosters the attainment of said values and to achieve the objectives of a transparent labor culture, the dialoguing parts shall agree to promote principles and rules of an ethical character, maintaining the knowledge that some are incorporated within the norms of labor legislation, in other words, the employees, the employers, the syndicates and the labor authorities should encourage a culture of compliance of juridical norms, being absolutely convinced of the values that it promotes, maintaining always a high notion of loyalty and morality with a strict embracement of the law, it is possible to preserve and create occupational sources achieving therefore social harmony, contributing for the consolidation of a democratic, collective and social labor society. The practice of legal representation of both employers as well as employees, should take into account the strict adherence to juridical and ethical principles that allow its healthy and transparent execution, because it is our conviction that this is the nucleus of all collective relations, the observation of the duty of loyalty and confidentiality, regarding the employees and subsequently the employers.

One has no doubts that the duty of loyalty within the course of social concertation contains a flexibility element which is manageable to be adapted to variable circumstances, limiting in its term the exercise of rights, in the sense that any opposite behaviour can manifest itself as anti-juridical which is against a general principle that is part of law. In that way, and bonding with *metajuridical* values, - essentially, effective ethical considerations in a determined moment in society -, and with social and economic circumstances that condition each case in particular, allows for a profile of the procedural ways to follow as well as the demandable conducts to fulfill the pretended finality: an agreement as a result of the concertation of wills. One approaches the will in special labor relations and in jobs with particularities, being that these juridical regimes in these labor relations establish the duty of loyalty and trust as a nuclear element.

According to the Royal Academy of Spanish Language dictionary, "*trustworthy*" is a word used to refer to the person in which a familiar and intimate relationship exists and "*trust*" means to charge or to entrust someone with a business or anything else.

It also means to deposit in one, without any security except for good faith and the opinion that one has on the party, money, a secret or any other thing.

Meaning that a trustworthy employee is one that has received from his employer the responsibility to perform functions, special or delicate labor's, with reassurance that by his

capacity, honorability and loyalty and good faith there is a possibility of completion or with the hope that he will execute as conventioned or in the best way for his contractor.

In other words, the trustworthy employee does not necessarily execute managerial functions, on the contrary, the trustworthy employee differs from upper management (directors, managers, administrators, etc.), for they occupy posts of lesser elevation and exercise little managerial obligations.

Within the researched doctrine it is commonly agreed that in private labor relations, the so called trustworthy employees are differentiated from the rest, as they are also entrusted with bigger responsibilities by the employer, transmitting this way the idea that being loyal is not to divulge or sell information, not breaking the trust.

The performance of some professions imply the need to know part of the private, public or commercial life of an employer, which falls within the realm of intimacy, and must not be made aware to third parties.

In fact, those intimate information's given by the employer, are only made possible as they become necessary to the good accomplishment of the task being required to be performed by the professional, thus creating a duty of loyalty towards those that give their trust.

The claim for professional duty, becomes more evident in those situations were, the information being made aware to the employee is part of the most intimate affairs of the employer, such is the case with lawyers, house workers and religious guides, since they are made aware of information and activities vinculated to the respective profession that belong not only to the realm of personal intimacy but also in this particular case, to the employer himself, meaning that trust and loyalty are conditions that preside these interpersonal relationships.

With mutual trust as basis for a labor contract, one gravitates around the mutual duty of contractual loyalty, were the right for the employer to terminate the contract without just cause is possible with a payment of a small compensation and a notice of termination in advance, is a characteristic and distinct footnote on these labor relations. And to justify, as cause of termination, disloyalty or mistrust, it is not enough to present theory's but instead proof must be brought forward, this is because it is only possible to indict a violation of the duty of loyalty as an execution of specifically forbidden acts or contrary to the instruction of the employer, as well as those, that by their evident social rejection, fall within the category of express prohibition that may generate any illegal or immoral act.

## 0. INTRODUCCIÓN

### 1. El ámbito etimológico de la palabra “lealtad”

El deber de lealtad, que también es designado en otras legislaciones, de fidelidad, se considera, genéricamente, un deber de omisión que tiene por objeto cualquiera de las conductas capaces de contrariar o perjudicar los propósitos que sirven de apoyo a una relación contractual; a pesar de la interconexión existente entre los dos términos, compartimos la opinión de que la lealtad comprende un amplio deber que implica el cumplimiento de todas las obligaciones.<sup>1</sup>

Por su propia esencia, el deber de lealtad ha seguido el desarrollo evolutivo del hombre, y desde su propia naturaleza, conocida taxonómicamente como “*homo sapiens*” ha sabido, por necesidad de supervivencia, saber distinguir entre elementos leales y desleales, y rápidamente se dio cuenta de que sólo podría confiar en los leales, pues sin lealtad no existiría posibilidad de iniciar acuerdos, y sin acuerdos no habría permutas, o sea, desde los inicios de la civilización, el ser humano aprendió a atenerse fielmente a un compromiso, así como a conservarlo, respetando la palabra dada.<sup>2</sup>

La fidelidad es en el portugués actual una noción más estricta que la lealtad, con todo y presuponiendo ésta, la *fidelitas* postula un compromiso estricto y personal que debe ser respetado, y al contrario, la lealtad enlaza con un margen de libre actuación por parte de la persona en la que ésta se manifieste.

Fidelidad<sup>3</sup> tiene su origen en la palabra latina “*fidelitas-tis*”, que significa la calidad de aquel que es fiel; y equivale a lealtad; exactitud; honestidad; semejanza, mientras que lealtad tiene su origen en el adjetivo leal, que por su parte proviene de la palabra latina “*legalis-is*”, y legal, es en lo mismo que respetar la ley, de *lex*, “*ley*”, equivalente al término francés “*franc*”, o sea, libre, no siervo, sincero, genuino.

<sup>1</sup> En el mismo sentido: MENÉNDEZ PIDAL, J.: *La Lealtad en el contrato de Trabajo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus, 1961, pág. 16.

<sup>2</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 51 e ss.

<sup>3</sup> “(...) acepciones del término ‘fidelidad’ en lenguaje ordinario (cf., críticamente, W.Daubler, ‘Das soziale Ideal des BAG’, cit. P. 474ss), - ha sido muy variable, yendo desde la exigencia de una fervorosa ‘entrega de sí mismo’ (dedizione di sè) ‘con las mejores energías’ (Mit besten Krafte) al interés del empleador, hasta su consideración como criterio de valoración jurídica de la conducta debida del trabajador...”, cfr. MARTÍN VALVERDE, A., y Otros: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Sevilla, 1977, pág. 85.

Este término se deriva del nombre del pueblo germánico denominado franco, que conquistó la Galia de los romanos, y la connotación de fidelidad viene dada por el significado de fiel, alguien en quien confiar al atender las obligaciones legales. Junto a esta idea el griego “*empathia*”, o sea pasión, estado de emoción, formado por “*en*”-, “*en*”, y “*pathos*” denota, emoción, sentimiento, y consideramos que la idea de fidelidad conlleva estar “*dentro*” del sentimiento ajeno; y en tal caso la lealtad determina así el respeto a los principios y reglas que orientan la honra, la probidad y la fidelidad con los compromisos asumidos, con el matiz de lo que está inspirado en el mismo respeto o fidelidad.<sup>4</sup>

La “*bona fides*” integraba en la Roma antigua un concepto moral de honradez, diligencia y lealtad en los actos jurídicos y de una forma general en la vida del “*día-a-día*”, al margen del dolo o engaño, con el fin de establecer un vínculo de obligación para el mantenimiento de la palabra dada, y para el cumplimiento de lo expresado y de sus consecuencias.

O sea, el principio de formalidad se regía por el saludo correcto y puntual, porque la lealtad figuraba implícita en la palabra o en la consolidación del pacto firmado a través de la seriedad y postura de las partes.

El deber de lealtad<sup>5</sup> en el ámbito social y jurídico es decir, la lealtad en el campo de las relaciones de trabajo y en sus relaciones con el ordenamiento jurídico, en los países ibéricos, Portugal y España, es el propósito de este estudio; sin embargo una de las razones que nos obliga y motiva, es el hecho de la existencia de una cierta unilateralidad acentuada de la normativa, que veremos más adelante.

La fidelidad se traduce, pragmáticamente, en la exigencia, no de una actitud en sí, sino sobre todo en un comportamiento pasivo, o sea, no se exige la adhesión y entrega, mas sí la docilidad y el conformismo, dado que: “*La lealtad es uno de los pilares que sostienen el real valor del hombre*”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Cfr. o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, III, 3ª Ed., Verbo, pág. 389.

<sup>5</sup> Não confundir lealdade com fidelidade. Lealdade está relacionada com ser leal, que cumpre promessas, que cumpre as leis, que respeita o que for combinado, ou ser dedicado, honesto ou sincero. Fidelidade relaciona-se em ser fiel, ou seja, ser exacto ou semelhante, ou presta juramento. De uma maneira geral, ser fiel é ter prestado juramento e ser leal é ter cumprido o juramento. Portanto, existe fidelidade sem lealdade e também existe lealdade sem ter sido fiel, ou seja, pode-se prestar juramento e não cumpri-lo, como também se pode cumprir algo, sem ter sido obrigado a isso. Desta forma, neste trabalho, sempre estaremos nos referindo à lealdade como forma de cumprir leis, promessas, compromissos ou acordos, muito mais significativo do que firmar documentos ou promessas. Ver: JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 7-13, e FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 11-15.

<sup>6</sup> Provérbio judaico.

La lealtad, ha ido derivando hacia una convergencia con el campo semántico de la fidelidad, pero en el ámbito laboral, la lealtad determina una actitud dirigida a cumplir adecuadamente lo estipulado y nunca acogerá un concepto, en nuestra opinión, de una forma de vasallaje implícita en la fidelidad. En la época feudal, Carlomagno incentivó y alteró el vínculo de vasallaje, común entre los francos de la etapa merovingia. La donación del "*beneficio*" (tierra) a cambio del juramento de fidelidad y de los servicios prestados al rey, estuvo acompañada por el poder de "*prohibición*", es decir, el derecho al mando, con el fin castigar, aplicar la justicia y cobrar impuestos a la población local, con la ventaja de asumir funciones reales en sus tierras. El juramento de vasallaje se convirtió más en un interés por obtener la tierra (feudo), que en la lealtad al soberano.

La fusión de vasallaje con el beneficio era la base del sistema feudal y tuvo como resultado el debilitamiento del Reino y el poder del rey. Los nobles más importantes, duques, condes y marqueses, recibían el feudo directamente del rey, convirtiéndose en sus vasallos directos, que a su vez, podían dar parte de éste a otros nobles menores: vizcondes, barones y caballeros –, creando una escala jerárquica de soberanía y vasallaje que llega a toda la aristocracia y por lo tanto, nos atrevemos a decir que se trataba de la creación de una especie de falsa lealtad.

Por el contrario, una actitud perversa a través de una conciencia antijurídica determinaría la convicción de una actuación contraria de mala fe, en perjuicio de un derecho ajeno y la infracción del deber propio al que estaba comprometido.

La lealtad, en el concepto teleológico, significa la fidelidad a la "*bona fides*" y el respeto a la justicia, que se traduce no sólo por la veracidad de lo que uno dice o pretende transcribir a través de un documento escrito. De hecho se define de forma absoluta el deber de cooperación de las partes, con operatividad y eficacia, durante todo el proceso jurídico-laboral, y se establece, aunque no implícitamente en normas obligatorias; con la exigencia de actitudes esencialmente por parte de todos los actores sociales, es decir, cada hombre debe actuar con buena fe, debe ser auténtico: "*ex honestate unus homo alteri debet veritatis manifestationem*", principio que ha sido incorporado por el Derecho del Trabajo.

Actualmente, existe la disposición del deber de lealtad y probidad en las relaciones entre particulares y entre ellos y el estado, como uno de los pilares del ordenamiento jurídico, razón por la cual es de vital importancia, no sólo su correcta comprensión, sino también la de los instrumentos normativos para asegurar su fijación jurídica y aplicabilidad en caso de conflictos, por ello la lealtad se incluye en las relaciones laborales como una postura ética,

honesta, franca, como probidad exigible; y ser leal es ser digno, proceder de manera correcta, con sinceridad, sin artimañas, ni falsedad o engaño. Y además de este concepto jurídico-legal, la lealtad, en el concepto teleológico significa respeto a la justicia que, entre otras cosas, equivale no sólo a la veracidad sino a lo que se expresa respecto al contrato en general, y también a la forma general de cómo en él se actúa.

El adjetivo *leal* equivale por tanto conforme a la ley, es decir que no falta a sus promesas, que se es franco, honesto, fiel, dedicado, por lo que la dimensión ética y normativa de la lealtad rompe con su étimo latino, adquirido originariamente en *legalis, lex*<sup>7</sup>/*gis*. En el siglo XVII asumió el sentido de “*digno, fiel*”, es decir, será leal a la ley quien en una perspectiva de actuación futura esté en conformidad con la misma ley, en este caso considerada en sentido amplio.

En España, el vocablo lealtad proviene de *leal*, que consiste en el cumplimiento de lo que las leyes de fidelidad<sup>8</sup> y honra exigen, y proviene del latín “*legalis*”, que en el Diccionario de la Real Academia Española, significa “*respeto a la ley*”, no solamente en sentido jurídico, sino también respeto a las normas morales; y equivale a un compromiso con la verdad, respeto, obediencia y cuidado ante alguien, que puede ser otra persona, las mismas leyes, la patria, la familia, la religión o una determinada ideología.

La lealtad está relacionada con la familia, los amigos, la profesión, la empresa, o al país; no compromete a los suyos, a no ser que también estén relacionados mutuamente, y en tales identificaciones, el destino o el bienestar del objeto de la lealtad está vinculado a la propia persona, que puede sentir vergüenza u orgullo de los hechos; no obstante se deben asumir riesgos y soportar los cargos por haber asumido ese riesgo.<sup>9</sup>

Hoy en día, el deber de lealtad está íntimamente conectado con el principio de probidad contractual, según el cual corresponde a las partes mantener sus razones dentro de la ética y de la moral, sin hacer uso de la falta de colaboración ni del fraude, es decir, actuando de acuerdo a la verdad y llevando a cabo los pasos necesarios para la prosecución del vínculo contractual.

La deslealtad y el abuso del derecho, desacreditan la prestación contractual, no sólo porque perjudique a la parte contraria que sufre sus efectos, sino también porque daña al Estado, y a la propia sociedad, que terminan por sufrir el coste de tener una prestación jurídica

<sup>7</sup> Cfr. o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, III, 3ª Ed., Verbo, pág. 197.

<sup>8</sup> Cfr. o Diccionario de la Academia Española: *Fidelidad*, (del lat. *Fidelitas, -atis*). f. *Lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona.* || 2. *Puntualidad, exactitud en la ejecución de algo.* || alta ~. f. *Reproducción muy fiel del sonido.*

<sup>9</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 23-28.

expuesta a la pérdida de tiempo y dinero, con actitudes muchas veces innecesarias y absolutamente desproporcionadas, dejándose de atender, desde ese momento, las demandas legítimas.

Según nuestra convicción, el deber la lealtad es uno de los pilares del Derecho del Trabajo, teniendo en su enfoque el propósito de ajustar el comportamiento de los intervinientes en la relación jurídica, en cuanto a la dignidad del instrumento que usan para obtener la verdadera consolidación del contrato, porque lo que el incumplimiento de esta obligación de lealtad configura, sin duda, es un acto ofensivo a la dignidad del principio general y, por esa razón, necesita atenerse a un juicio ejemplar de reprobación por parte de la doctrina jurisprudencial.

En tiempos antiguos, la lealtad significó ser leal a un individuo, y el deber de la lealtad casi se incluyó en una “*obediencia ciega*”, era como si obedecer al propio líder pudiera reflejar un espíritu de dedicación absoluta; no obstante el sentido de la obediencia obsesiva a los líderes ha sido alterado con el desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia, lo que de otra forma se traduce en una dedicación que no está totalmente reflejada en la voluntad sumisa del individuo.

El deber de lealtad que tenga como base la honradez y la sinceridad en las relaciones jurídicas, se manifiesta a través del honor a los compromisos que las partes tienen en la relación de unas con las otras y con respecto a la justicia, al comportamiento que las personas deben adoptar y a la misma la verdad. Así, no interesa sólo la intención, sino el sentido objetivo que las palabras y los hechos contienen.

Se entiende, por lo tanto, que lo que debe existir en las relaciones jurídicas y lo que el principio general defiende es una valoración de la ética colectiva, pautada por la confianza, la transparencia, la solidaridad, la cooperación y la lealtad, aunque signifique una limitación de la voluntad individual o la creación de deberes anexos, sobrepasándose, por lo tanto, el concepto del Derecho bajo un prisma de satisfacción del individuo, en virtud de la objetivación de los derechos.

Al ser la lealtad un sentimiento que une a las partes de forma duradera, y al ser el objeto de la lealtad un fenómeno relacional, se es leal a alguien o a algo, los vínculos que conciben esta principio se identifican con los compromisos y las responsabilidades, que no siendo instrumentales, se desarrollan mediante el vínculo, pudiendo extenderse más allá de la relación jurídico-laboral.



La buena convivencia social preconiza como fundamento el que todo ser humano es un ser social, de tal manera que cada persona tiene necesidad de otras y las otras necesitan de ella. Por esto, la convivencia social se relaciona con las actividades de grupo, donde cada personaje posee sentimientos, opiniones y preferencias que no siempre coinciden con la mayoría del grupo. Por lo tanto, poseer una mente abierta, donde se respetan los diversos sentimientos, los contrastes de pareceres y preferencias, contribuye a consolidar los pilares de la confianza en las relaciones sociales, dado que al actuar de esta manera, se procura prevenir comentarios maliciosos o artimañas de mal gusto, que pueden causar insatisfacciones y eliminar realmente a una determinada persona o comprometer la confianza y la unión del grupo.<sup>10</sup>

Un factor muy importante en la unión del grupo es la participación recíproca en el convenio social, porque ayuda a crear armonía en la relación, y la participación equilibrada se caracteriza por actuar de manera natural, positiva y comedida con los integrantes del grupo social. Actuar con naturalidad es ser quien se es realmente, sin sobresalir o exaltarse, coloquiando en un tono agradable. Ser positivo es ser optimista, alegre, bondadoso, mostrar interés y elogiar lo que los demás hacen o les guste. Ser comedido es controlar sus hechos, sus palabras, hablando solamente lo que es necesario y comprometerse solamente a lo que pueda cumplirse.<sup>11</sup>

El respeto y el equilibrio en la relación convergen en la construcción de la lealtad dentro del grupo, dado que se es responsable de la unidad social y del refuerzo de la interrelación.<sup>12</sup>

La relación social en el trabajo se completa con otras características necesarias, que mejoran el ambiente profesional. El saludar a todos, un “buenos días” o un “hola”, sin excepción y sin intimidades, tanto al llegar cuánto al salir del trabajo, representa la integración social en el ambiente del trabajo, una vez que la integración formal se establece cuando se “pasa” la tarjeta o se rubrica la presencia.<sup>13</sup>

El tratamiento con respeto indistintamente entre los trabajadores es fundamental, de tal manera que se debe buscar oír atentamente, hablar con sobriedad, sin gestos exagerados o voz alterada, evitando actitudes menos propias, modismos lingüísticos o actitudes exhibicionistas,

<sup>10</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 8-11.

<sup>11</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 3-4.

<sup>12</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, pág. 14.

<sup>13</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 23-24.

además de controlar excesos y críticas y, cuando sea necesario, saber conducir las peticiones, con firmeza demostrada, sin mostrar ser el “*dueño de la verdad*”; del mismo modo debe decirse sólo lo necesario y sobre todo, también saber escuchar.<sup>14</sup>

La simplicidad y la modestia deben guiar las actitudes en la convivencia social en el trabajo porque, en caso de existir cualidades profesionales, dignas de consideración, también serán descubiertas las imperfecciones. Por lo tanto, todo el trabajo se debe ejecutar dentro de las competencias del órgano y del trabajador. Las actitudes precipitadas o que interfieran en el trabajo ajeno, causan la quiebra de la confianza y además alimentan la competición dentro del grupo, comprometiendo el espíritu de lealtad que debe reinar.<sup>15</sup>

En el caso de los jóvenes, la lealtad se inserta en el contexto de las transformaciones sociales que ocurren en esa fase de la vida, pues el joven ha salido de la infancia y adolescencia, pero todavía no se ha convertido un adulto.

En la infancia, existe una lealtad puramente familiar, generalmente, con el padre y la madre, pudiendo ser ejercida más con uno que con el otro, y algunos motivos se pueden señalar como causantes de las diferencias, por ejemplo: afinidad y contacto.

Los primeros contactos con los “*amiguitos*” ocurren, pero no se caracterizan como una relación de la lealtad, pues los sentimientos de confianza y sinceridad todavía no están bien desarrollados.<sup>16</sup>

Cuando se llega a la fase de la adolescencia o de la juventud, ocurren transformaciones físicas, mentales y sociales. La familia comienza a ser una opción más entre el universo de convivencia social del joven. En este momento, los jóvenes tienen un mayor contacto con gente “*extraña*”, al definir los que son, o no, sus amigos. El sentimiento de amistad tiene otras variables que proporcionan el aumento de la aproximación más íntima entre los jóvenes. Estas otras variables son la sinceridad, la confianza, la veracidad, la complicidad y la honestidad, que convergen en la lealtad. Existen amigos que no consiguen obtener la atención de todas esas variables, es decir, existen los que son sinceros, pero no llegan a ser dignos de confianza; o los que son honestos, pero dejan de ser verdaderos compañeros. Así, el sentimiento de lealtad es algo que no se aferra a las cuestiones materiales o contractuales, del cumplimiento de obligaciones, sino a las cuestiones emocionales y

<sup>14</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 12-13.

<sup>15</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, pág. 34.

<sup>16</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 29-30.

conductuales. Por lo tanto, para los jóvenes, la lealtad es algo conectado al sentimiento que se tiene por determinada persona.<sup>17</sup>

En el caso de la tercera edad, debido a las condiciones de salud, residencia, ocio y a las económicas, la lealtad se distingue de la fase de la adolescencia. Para un mayor, más que de un amigo, se trata de aquel que lo pueda cuidar, amparar, que pueda garantizarle sustento y residencia, que pueda ser su representante legal, que pueda en una palabra dedicarse a él y hasta aquel que pueda proporcionar algunas horas de ocio y atención. La lealtad en esta fase tiene más que ver con los cuidados que pueden ser ofrecidos, que con una relación de pura amistad, a pesar de que también es posible, pero por lo general, el amigo posee las mismas condiciones limitativas que el mayor.<sup>18</sup>

Para el mayor, lo más importante en esta fase es ser atendido, aún en los aspectos más simples, ya que existen grandes limitaciones, que pueden comprometer la calidad de vida. La convivencia familiar debe ser mucho más predominante que la social, porque la propia condición de la persona requiere que los cuidados sean proporcionados en un ambiente familiar. De esta forma, hablar de lealtad para un mayor es hablar de quien se responsabiliza por él y lo cuida.<sup>19</sup>

En el caso de las personas discapacitadas, la lealtad en el aspecto social también llega a estar relacionada, como en el caso de las personas mayores, en quién es responsable de cuidar y representar a la persona. La lealtad es también fundamental en esta condición, porque además de la confianza y de la honradez, existe la dedicación. Por lo tanto, para la gente discapacitada se mantienen las mismas preocupaciones relativas a los mayores.<sup>20</sup>

La lealtad no sentimental trata de la dedicación profesional del mismo profesional con su cliente: por ejemplo, es el caso del abogado y cliente, dedicación que no es aleatoria, sino que tiene su lógica asociada a la legislación, no como una relación de sentimiento, sino de elección deliberada.<sup>21</sup>

Algunos biólogos o psicólogos consideran la lealtad como un mecanismo adaptativo transmitido genéticamente, un nexo para que otros sientan que existe un valor de supervivencia del grupo social.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, pág. 54.

<sup>18</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 44-46.

<sup>19</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 100-101.

<sup>20</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, pág. 102.

<sup>21</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 71-79.

<sup>22</sup> LARSSON, TOMAS: *Land and Loyalty*, Cornell University Press, New York, 2012, págs. 33-37.

Es muy común asociar la fidelidad a ciertos grupos naturales o convencionales.

Nuestra lealtad tiende a expresarse en “*lealtades*”, o sea, no es solamente un elemento accesorio, sino que tiende a conectarse a ciertos tipos de asociación natural o convencional, como amistades, familia, organizaciones profesionales, países y religiones.<sup>23</sup>

El consenso común parece ser que una persona que sirve a la empresa debe de hacerlo correctamente, o asumir la responsabilidad por una mala conducta y por los daños consecuentes de su comportamiento. Esto puede llevar a la conclusión de que hay una necesidad de definir los siguientes puntos: primero, las atribuciones específicas de cada trabajador; segundo, cuáles son las consecuencias para los trabajadores si no cumplen las atribuciones definidas por la empresa. Y por último, cuáles son las medidas correctivas que los trabajadores deben adoptar.<sup>24</sup>

La mayor parte de estas cuestiones fueron abarcadas por el Proyecto de las Sociedades de la Quinta Directiva, mas un proyecto no puede ser considerado un acto jurídico, aunque puede ser objeto de investigación científica, porque contiene el desarrollo jurídico actual de este dominio.<sup>25</sup>

La noción de lealtad hoy en día, ha dejado de tener una connotación de servilismo, íntimamente conectada con la época medieval, pasando a una consolidación más democrática en cuanto virtud esencial y pilar básico de la relación laboral, y sin que podamos considerarla como un “*subproducto elemental*” y sin interés práctico y legal, al presentarse como un valor funcional en cuanto núcleo de las relaciones sociales y legales.

Sin embargo, el deber de lealtad no está libre de una cierta ambigüedad, porque tiene que ser interpretado y en la mayor parte de las veces, es susceptible de interpretaciones que se manifiestan a través de la deslealtad, ya que la lealtad, es una acción a largo plazo, lenta y que requiere tiempo, pero que tendrá gran trascendencia si llega a ser duradera. Las partes deben mantenerse leales a cualquier situación y adherirse a modificaciones estructurales, en favor de la productividad, rentabilidad y desarrollo, que estén salvaguardadas de cualquier abuso de la dignidad humana.

La lealtad no establece diferencias, es decir, es recíproca, y constituye la entrega absoluta y voluntaria de un individuo a una causa, la misma que se convierte en la razón de ser, es por lo tanto necesario que esté interconectada a una situación digna de ser servida, caso contrario se convierte en indigna.

<sup>23</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56.

<sup>24</sup> ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance managment*, 3ª Ed., Kogan page, London, 2006, págs. 23-25.

<sup>25</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 46-49.

Desde el punto de vista material, el contenido se conecta: “*al deber de las dos partes en satisfacer con coherencia y colaboración el llamado programa de negocio que las mismas partes estipularon*”,<sup>26</sup> por esa razón, “*tienen el derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta*”.<sup>27</sup>

De esta manera la lealtad es sin excepción, obedecer a la responsabilidad de un determinado cumplimiento independientemente de la jerarquía, y deben las partes ser responsables de la ejecución del contrato, de manera que subsista a pesar de cualquier prejuicio serio, sea privado o público.

El deber de lealtad es un requisito general en un Estado democrático moderno y una expresión de forma jurídica, establecido en el sistema legislativo, y a pesar de no serlo a través de normas, tendrá un significado relevante en el ámbito contractual determinado, sea por cuestiones éticas o morales; de cualquier forma, el deber de lealtad institucional es una práctica digna de ser tomada en consideración, y es hacia lo que nos dedicaremos en este trabajo.

El deber de lealtad surge de la comprensión de que la ley se debe seguir en las relaciones laborales, según todos los comportamientos integrantes de tales relaciones, y estar fundamentadas y amparadas por los límites del sistema jurídico.

Y antes de que penetremos en el estudio genérico o accesorio del comportamiento al que le adjudicamos el sentido etimológico, social y jurídico, es importante clarificar que existe un deber básico e importante que corresponde a las partes, y que en nuestra opinión es el deber de lealtad, en cuanto concepto general basado en el deber ético y moral de procurar una actuación de forma leal ante un ciudadano, con el que nos encontremos transversalmente en una relación de confianza.

Y dado que la confianza es el soporte de un vínculo obligatorio, que debe ser el corolario de las conductas de los seres humanos, las partes se obligan recíprocamente a obrar de forma leal para la concreción de las expectativas inherentes a la imposición del deber de lealtad, aunque el soporte de confianza tenga su característica en las meras expectativas jurídicas, que solamente podrán ser tuteladas a través de la aplicación del principio de protección de la confianza, como una de las vertientes del principio de seguridad jurídica.

<sup>26</sup> MONTROYA, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 39.

<sup>27</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, Editorial La Ley, 2007, pág. 108.

En su origen, la lealtad adquiere un contenido positivo gracias al propio acercamiento a la buena fe, según la terminología portuguesa, y en la primacía de la materialidad subyacente, que implica la prosecución eficaz del ideal en su origen, no en meras actuaciones formales.<sup>28</sup>

La sociedad feudal estaba constituida sobre una forma de estratificación social con clases más cerradas que las clases sociales, y más abiertas que las castas, en las cuales el individuo desde el nacimiento estaba obligado a seguir un estilo de vida predeterminado, reconocido por la ley y generalmente conectada al concepto de honra organizado a partir de una jerarquía rígida y estática: el campesino, en cuanto siervo, recibía la protección del señor feudal, al que a su vez, debía lealtad y estaba protegido por un señor más poderoso, y así sucesivamente hasta culminar en el rey, figura máxima en la escala jerárquica. Los fuertes protegían a los débiles, pero a cambio de un alto precio. Los señores les concedían a sus vasallos el feudo a cambio de pagos en dinero, alimentos, trabajo o lealtad militar.

La obligación contractual en el sentido moderno se puede entender como un deber global de actuar objetivamente de buena fe, y esa buena fe objetiva constituye, en el campo contractual, un proceso que debe ser seguido en las fases de las relaciones entre las partes, con lealtad recíproca, proporcionando la información necesaria, evitando crear expectativas que estén destinadas al fracaso, impidiendo la revelación de los datos conseguidos con confianza, sin realizar rupturas abruptas e inesperadas de los convenios.<sup>29</sup>

De tal modo que se dé como resultado inherente a la lealtad, procediendo con una actitud cooperante, permanente y constante, satisfaciendo las necesidades correspondientes a las partes que, a pesar de que puedan ser antagónicas, sean consideradas como sinérgicas y las más de las veces como elemento positivo.

## ***2. Estado de la cuestión en la ley y la jurisprudencia***

El vocablo “*lealtad*” surgió en la ley laboral portuguesa a través del apartado 1, del artículo 20, del Decreto-ley 49408 de 24 de noviembre de 1969; este a su vez inspirado en el Código Civil Italiano que expresa en el artículo 2105, que el que presta trabajo no debe negociar “*trattare affari*” por su propia cuenta o de terceros en concurrencia con el

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *A boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 59 e ss.

<sup>29</sup> LASARTE ALVAREZ, C.: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, Revista de derecho privado, ISSN 0034-7922, Año nº 64, 1, 1980, págs. 50-78; búsqueda efectuada en 2013-05-22, através da biblioteca [www.ucm.es](http://www.ucm.es).

empleador, sino que debe de abstener de divulgar informaciones “*notizie*” perjudiciales a la empresa.

La doctrina italiana ha consolidado a partir de ahí un deber general de “*fedeltà*” o lealtad del trabajador, que tenía un alcance funcional bien concreto: prohibir un comportamiento del trabajador que pudiera perjudicar al empleador.<sup>30</sup>

La inconsistencia de un deber de lealtad de cariz comunitario y solidario determinó la imposibilidad la existencia de un deber general autónomo de lealtad; solamente se dieron unos deberes específicos de no concurrencia y de sigilo, acentuados en el comportamiento del trabajador y del empleador a través del contrato de empleo guiado por el principio general de la buena fe.

No obstante el deber de lealtad es “*fuerza*” de todos los deberes accesorios, aunque con una “*elasticidad*” suficiente como para dotarlo de una utilidad autónoma con diverso valor e intensidad, y el CTP de 2003 (artículo 126) especificó en sus normas las expresiones típicas de este deber vinculante de los comportamientos del trabajador, en cuanto prohibiciones, lo que se mantiene en el CTP actual.

Aislemos las figuras hoy previstas en el párrafo f), del número 1 del artículo 128 del CTP de 2009, que es el deber de la no concurrencia y el deber de sigilo, que solamente asumirán una importancia acentuada en la medida en que, precisamente por ellos, se materializan comportamientos desviados y como tal desleales.

Los deberes del trabajador se enumeran en el artículo 128 del CTP, al expresarse que el incumplimiento basado en el comportamiento ilícito y culpable del trabajador tanto puede proceder de la falta de respeto a los deberes principales, como del deber de realizar el trabajo con celo [párrafo c)], de deberes secundarios, como el deber de velar por la conservación y buen uso de los bienes relacionados con su trabajo [párrafo g)], o de los deberes accesorios de conducta, deducidos del principio general de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, según el número 2 del artículo 762 del Código Civil Portugués (CCP) reiterado en el artículo 128 del CTP, apareciendo, entre ellos, el deber de mantener lealtad al empleador, y particularmente en no negociar por cuenta propia o ajena en concurrencia con él, ni divulgar informaciones concerniente a su organización, métodos de producción o negocios [párrafo f)], que son solamente elementos del deber de lealtad.

---

<sup>30</sup> Neste sentido o Acórdão do STJ AF 373, 108, de 21/01/1992, citado por MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 232, citando R. CORRADO, *Il Lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro* dir. L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, ii, 248.

No respetar ni aplicar esta norma legal prevista en el CTP, con fundamento en la tesis según la cual el *deber de lealtad es un deber absoluto y no admite gradaciones*, es conculcar un mandato legal esencial en la aplicación de la justicia y reducir la promesa escrita que no se ha guardado y considerado sin ningún significado, alcance o interés, al vaciado de aplicación de principios legales esenciales, como los principios de la proporcionalidad y de la equidad, sujetando la aplicación de la ley, y consecuentemente de la justicia, a criterios erráticos de oportunidad, como por cierto proclama la extensa jurisprudencia portuguesa.<sup>31</sup>

A la violación por el trabajador de los deberes declarados en este artículo corresponde generalmente una infracción susceptible de conllevar al despido, cuando verificados los respectivos requisitos, según el propósito de esta materia desarrollada y pertinente en la jurisprudencia portuguesa.

Al identificarse con la doctrina italiana la naturaleza del deber de colaboración a través de la prestación que consagra el artículo 2094 del Código Civil Italiano (CCI), se prefiere hablar de “*subordinación colaborativa*”<sup>32</sup>: coordinación, para alcanzar el interés de la empresa, dado que el contrato de trabajo obliga a un deber de “*fedeltà*” con elementos de buena fe y cortesía como obligación impuesta por el artículo 2105 del CCI.

La transposición de la noción de “*fidelitas*”, que estaba dotada de una carga emotiva intensa, de ámbito ético y religioso, adquirió, un carácter definitivo de análisis y fijación sistemática de una obligación de “*fidelidad*” en el ámbito laboral, después de reconstrucciones sucesivas por medio de la obligación accesoria de “*buona fede e correttezza*” y un estatuto propio, a pesar de no estar identificado normativamente.

La obligación emerge entre el trabajador y el empleador a través de un contrato de trabajo, previsto en los artículos 1175 y 1375 del CCI, según los cuales el trabajador, además de cumplir la función para la cual fue contratado, debe observar el deber de lealtad y de diligencia, que el artículo 2105 del CCI especifica, y particularmente, la prohibición de tratar,

<sup>31</sup> Cfr. Acórdãos do STJ: 28/06.7TTLSB.L1.S1 DE 23/11/2011; 1104/08.7TTSTB.E1.S1 de 12/01/2011; 417/10.2TTVNF.P1.S1 de 20/06/2012; 4068/06.8TBCSC.L1.S1, de 06-11-2012; 2542/07.8TBOER.L1.S1, de 14-02-2013; do TRL: 1394/11.8TYLSB.L1-8, 06-12-2012; 117/11.6TTFUN.L1-4, 10-10-2012; 061/03.7TTLSB.L1-4, 08-02-2012.

E na mesma senda é interessante referir o primeiro Acórdão no âmbito laboral sob o nº 000012, de 25/01/1980, que referiu: (...) *Nesta linha, à semelhança do que vem sendo entendido em casos semelhantes, na relação contratual de trabalho não é exigível à entidade empregadora que, continuamente, esteja a controlar o trabalhador por nele não depositar fundadamente confiança, por já ter sido violado o dever de lealdade.*

E este dever não é graduável em sede de sanção disciplinar, porque a entidade patronal, segundo as regras da experiência comum, estaria sempre suspeitosa, porque ‘*quem faz um cesto faz um cento*’ e ‘*quem faz o menos, se as circunstâncias se proporcionarem, faz o mais*’.

<sup>32</sup> EMANUELA, FIATA: *Voce Fedeltà del lavoratore (obbligo di)*, in Enc. giur. Treccani, aggiorn., 2002, <http://www.studiolegalemartone.com/?p=41>, acedido em 24/05/2013.



en su propio nombre, de los negocios del terceros en concurrencia con el empleador, de la prohibición de divulgar informaciones confidenciales concernientes a la organización y a las empresas de producción, y a este respecto de la obligación de confidencialidad o sigilo.

La cuestión que se destaca son las consecuencias de la violación del deber de lealtad, en cualquiera de los casos; y que ante una deslealtad, el trabajador está sujeto al procedimiento disciplinar y, en casos graves, al despido con justa causa.

Tampoco se debe excluir la posibilidad de que ante un comportamiento contrario al deber de lealtad pueda éste tener consecuencias que determinen la reparación de los daños causados a la empresa, lo que en la práctica tenemos es la tendencia a entender que la violación de la lealtad en cualquier conducta contraria a los intereses de la empresa, y potencialmente productora de daño, es también susceptible de constituir un delito en los términos de los artículos 621, 622 y 623 del Código Penal Italiano, que penaliza la revelación, respectivamente, de documentos, de secretos comerciales y de investigaciones.

En España, el Estatuto de los Trabajadores Españoles (ETE), no establece de forma adecuada el deber de lealtad, ni lo hace el mismo Código Civil Español (CCE), limitándose a generalizar el proclamado principio general de la buena fe, que está en el párrafo a), del artículo 5 del ETE, o sea, proclama la buena fe obviando otros deberes accesorios, no normalizados, dado que la propia diligencia del trabajador, ya impone una regla accesoria de conducta regulada por la probidad y la honestidad.

Cuando en el artículo 21 del ETE se refiere al pacto de la no concurrencia, el legislador español tuvo el cuidado de resaltar que los pactos viciados por la concurrencia desleal sin lealtad, son vulnerables de un incumplimiento por parte del trabajador, sin embargo los deberes laborales del trabajador deben de ser desempeñados con buena fe y diligencia, lo que no es más que cumplir las funciones con honestidad, dedicación y profesionalidad.

Sin embargo, las razones para la investigación comparativa mostraron una actitud conservadora en la legislación portuguesa sobre el deber de lealtad en un contexto comparativo con la legislación española.

La jurisprudencia constitucional española declaró que los derechos fundamentales deben de ser modulados porque *“tienen que ser compatibles con otros valores y parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes, o de la situación jurídica correspondiente”* (STC 177/1988).

En la sentencia 120/1983 de la STC, la doctrina jurisprudencial sustenta que *“transcurrieron más de veinte años en los que el principio de la buena fe contractual se mantiene en la jurisprudencia aparentemente como condicionalismo al límite adicional – a la práctica de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo con la función de modular o flexibilizar esa práctica para permitir la satisfacción de los intereses empresariales legítimos”*.<sup>33</sup>

Los deberes laborales del trabajador, asumidos voluntariamente, se deben cumplir en base a la buena fe, y ese cumplimiento obliga a evitar excesos innecesarios<sup>34</sup>. En este sentido el contrato de trabajo determina su consolidación.

Desde el punto de vista formal, el deber de lealtad está previsto en el sistema jurídico español, no obstante, en el número 1, del artículo 7 del CCE que reconoce como principio general del derecho la buena fe, y en esta perspectiva están implícitas las reglas objetivas del respeto, honradez y lealtad, no solamente en el tráfico jurídico, sino también en el moral, dado que esta regla está consolidada por el artículo 1258 del CCE, que dispone que para realizar la integración de los negocios jurídicos debe de considerarse no sólo lo que se pactó, sino que también *“todas las consecuencias que según su naturaleza estén en conformidad con la buena fe”*.

El reconocimiento laboral de la buena fe también está expresado en el ETE, y en el caso del párrafo a) del artículo 5 establece como obligación el cumplimiento de sus deberes laborales de acuerdo a las reglas de buena fe y de la diligencia, y por otra parte, el número 2 del artículo 20, dispone el deber de una colaboración y diligencia con el empleador según las disposiciones legales, convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas, y por último el párrafo d), del número 2, del artículo 54, que establece como causa de despido disciplinar, la transgresión grave y culpable de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza.

Ahora bien, desde el punto de vista material, tanto el trabajador como el empleador, vinculados por un contrato de trabajo, están recíprocamente obligados al cumplimiento con *“coherencia, lealtad y colaboración”*, y de esta forma las partes esperan una *“actuación legal, fiando y confiando que su actuación sea social y contractualmente correcta”*.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, en Revista de Relaciones Laborales, 12, 2004, pág. 7.

<sup>34</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, Revista de Derecho Social, 6, 1999, pág. 20.

<sup>35</sup> CONDE MARIN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 108.

La fructuosa jurisprudencia española<sup>36</sup> distingue y enfatiza sobre la deslealtad del trabajador, en cuanto infracción laboral equiparable a la transgresión de la buena fe contractual, porque anula los deberes de lealtad, probidad y confianza que son la inspiración del cumplimiento de todo el contrato de trabajo, porque la esencia de la transgresión de la buena fe contractual, de la que no resulte en un daño económico importante, daña la lealtad debida.

La relación del trabajador asalariado implica la existencia de una relación de subordinación durante el tiempo de trabajo, y el empleador tiene una posición de mando que puede imponer a los derechos y libertades de los trabajadores, restricciones que pueden ser permanentes o temporales, aunque sean justificadas y proporcionadas al objetivo del artículo L.1121-1 del Código de Trabajo Francés (CTF), como por ejemplo, en la vida personal o privada: la libertad religiosa, la libertad de expresión/lealtad, libertad de trabajo/cláusulas de no concurrencia.

El deber de lealtad en la ley francesa se relaciona con el párrafo 3, del artículo 1134 del Código Civil Francés, (CCF), contenida en el artículo L1222-1 del CTF, que en sí mismo es *a priori* aplicable en presencia de un acuerdo, es decir, de un contrato de trabajo.

En principio, el deber de lealtad, resultado natural del contrato de trabajo, que debe ser hecho con buena fe y conforme el artículo L1222-1 del CTF, consolida una existencia necesaria y recíproca para ambas partes, de la buena fe objetiva que es, desde el punto de vista del ordenamiento, lo que los franceses denominan '*notion-quadre*', es decir, una cláusula general que le permite al jugador la realización de lo justo en el caso concreto, sin dejar de aplicar la ley.

La regla aplicable en el contrato de trabajo es la prevista en el L1222-1 del CTF aunque la jurisprudencia viene proporcionando una ampliación de esta obligación, que tiene como primer desafío definir el contenido del deber de lealtad; sin embargo, el Tribunal Supremo (*Corte de Casación*) ha protegido la obligación de no concurrencia<sup>37</sup>, así como el

<sup>36</sup> Sentença de TSJ Castilla y León (Valladolid), de 21/03/2012; Sentença nº 1520/2012 de TSJ Asturias (Oviedo) de 18/05/2012; Sentença nº 240/2011 de TSJ Asturias (Oviedo) de 21/01/2011; STC 6/1988; SSTC 106/1996, de 12 de Junho; 1/1998, de 12 de Janeiro; 90/1999, de 26 de Maio; 241/1999, de 20 de Dezembro; o 20/2002, de 28 de Janeiro

<sup>37</sup> Cfr. Casación Social, de 05/05/1971, nº70-40.

deber de confidencialidad de la información<sup>38</sup>, o de secreto<sup>39</sup>, o el uso de la libertad de expresión.<sup>40</sup>

La doctrina francesa tiene como principio nuclear que la violación del deber de lealtad adjunto al deber de buena fe, es una causa justa de rescisión contractual<sup>41</sup>, es decir, la doctrina francesa señala la cesación contractual en base a la violación del deber de lealtad.<sup>42</sup>

El deber de no concurrencia puede ser descrito como un medio de ejecutar el deber de lealtad integralmente, sin restringir el derecho de los directores a implicarse en negocios sin fines de lucro, o en actividades fuera de la empresa.<sup>43</sup>

En cuanto al criterio material, el aspecto positivo del deber de no concurrencia significa que un trabajador puede tener una actividad dentro de cualquier otra empresa que sea neutra con los intereses de la empresa principal. El aspecto negativo de este deber significa que un trabajador no puede ejercer sus actividades fuera de la empresa por cuenta de la otra empresa, por ejemplo, por estar ausente de la empresa principal.<sup>44</sup>

Dentro del criterio formal, el aspecto del deber de no concurrencia requiere que un trabajador divulgue sus actividades dentro de cualquier otra empresa para el organismo de control de la empresa. El aspecto material significa que las actividades de un trabajador fuera de la empresa no deben tener efecto negativo para la otra empresa.<sup>45</sup>

La presencia del deber de no concurrencia genera beneficios a las empresas, donde el trabajador mantiene sus actividades, y de acuerdo a este deber, cada empresa puede considerar al trabajador responsable si éste viola la obligación.

Este deber también permite que el trabajador tenga un segundo empleo, si se informa con anticipación a los organismos de control de la empresa, que autorice sus actividades.<sup>46</sup>

El factor clave que determina, o no, si existe un posible conflicto de intereses o conflictos de deberes, es la cuestión de confidencialidad. Si se sigue el deber de confidencialidad o si el trabajador participa en una actividad que sea diferente de las actividades de la empresa principal, no hay problema en mantener ambos empleos.<sup>47</sup>

<sup>38</sup> Cfr. Casación Social, de 30/06/1982, n°80-41.

<sup>39</sup> Cfr. Casación Criminal, 04/11/1982, n°82-90.715.

<sup>40</sup> Cfr. CPH Boulogne-Billancourt 19/11/2010, R.G. n°09/00316.

<sup>41</sup> Cfr. Casación Social, 12/10/2011, Recurso n°10-16649.

<sup>42</sup> PÉCAUT-RIVOLIER, L.: *Donner l'information: les obligations du salarié*, Revue de Droit Social, n° 2, Février 2013, pág. 109.

<sup>43</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 69-70.

<sup>44</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 71.

<sup>45</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 91-93.

<sup>46</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 74.

<sup>47</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 44-47.

El deber de no concurrencia permanecerá mientras el profesional tenga el cargo, y la renuncia a este cargo determinará el término de este deber, y el ex-trabajador tendrá el derecho a tener un nuevo empleo, sin necesidad de hacer cualquier manifestación a su antigua empresa.

Nótese que la rescisión del deber de no concurrencia no tiene efecto sin el deber general de lealtad.<sup>48</sup>

El sistema legislativo establece que, en los casos del incumplimiento del deber de no concurrencia, la indemnización sea pagada por todos los daños sufridos por la empresa, como resultado de violaciones de la ley, o del contrato de trabajo, o de los estatutos, o de otros hechos ilícitos cometidos por la administración en la práctica de sus funciones.<sup>49</sup>

La responsabilidad de la empresa es, principalmente, una responsabilidad consecuencia de un contrato en base a los errores cometidos por el administrador en la práctica de sus funciones.

La empresa que haya sufrido pérdidas y daños, debe probar que hubo violación del deber de lealtad o de otras funciones y cuáles fueron las consecuencias para la empresa debidos a los resultados de esas violaciones.<sup>50</sup>

En los procesos donde la violación de los deberes de lealtad y de no concurrencia está probada, la presunción de culpa se extiende a todos los directores, y cada director del consejo de administración de la empresa será solidariamente responsable sin límite. No hay excepciones a la regla de responsabilidad ilimitada. En lo que dice respecto a las posibilidades de recurso, la cuestión fue dejada al criterio de los Estados miembros.<sup>51</sup>

La cuestión de la conducta empresarial socialmente responsable ha llamado la atención en los últimos años, y sería útil seguir la investigación sobre los deberes de los administradores. Sin embargo, es aún cuestionable la existencia de una necesidad de responsabilidad extracontractual y la cuestión de los recursos regidos por el derecho de las sociedades de la UE.<sup>52</sup>

La protección legal de la libertad de expresión, en ocasiones diversas, ha examinado prácticas desleales por parte de los trabajadores, y se ha esforzado por diferenciar las denuncias presentadas, y entre ellas se destacan la divulgación de prácticas de concusión

<sup>48</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 48-49.

<sup>49</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 50-51.

<sup>50</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 50-54.

<sup>51</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 56-59.

<sup>52</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 60-63.

concernientes a la vida de la empresa y al trabajador de buena fe<sup>53</sup>, sin embargo, se realza que los trabajadores, en cuanto ciudadanos, con el derecho que les asiste en cuanto a la libertad de expresión, no pueden ser privados por los empleadores de ejercerla, y desde 1988, el Tribunal entendió que el derecho de expresión también podrá ser ejercido más allá del tiempo y local de trabajo, si no da origen a abusos, porque los trabajadores acusados de desacreditar la imagen de los empleadores indebidamente, consolidan la violación del deber de lealtad.<sup>54</sup>

El TEDH a propósito de la jurisprudencia abundante, donde se cuentan varias decisiones que condenan al Estado portugués, consideró que estando en causa la libertad de expresión en materia científica y, por lo tanto, en materia de relevante interés público, la libertad de expresión goza de una amplia extensión, solamente si justifica una injerencia restrictiva del Estado, por medio de los tribunales, desde el momento en que la restricción constituya una providencia necesaria en una sociedad democrática, entre otros objetivos, con el fin de garantizar la protección de la honra o de los derechos de otro, de conformidad con el número 2, del artículo 10 de la Convención, dado que ésta sin excepción tiene que corresponder a una *“necesidad social imperiosa”*.<sup>55</sup>

De hecho, las cuestiones sobre la relación entre la libertad religiosa y el principio de la igualdad en las relaciones laborales han sido, desde muy temprano, una preocupación para el derecho comunitario con origen en el Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 1976, *caso Vivien Prais*<sup>56</sup> contra el Consejo de las Comunidades Europeas, en el que se cuestionaba la legitimidad del comportamiento de la Comisión al establecer el calendario de las pruebas de un concurso para admisión de empleados comunitarios y considerar su coincidencia con la Pascua hebrea.

En el caso portugués creemos que la ley que regula los feriados y el descanso semanal no tiene ninguna intención discriminatoria, y así como en gran parte de los países europeos, sólo se pretende permitir a las personas que pertenecen a la religión con más grande tradición en el país, gozar del reposo semanal y de los feriados más significativos para esta confesión religiosa. En el caso del domingo como día de descanso semanal obligatorio, parece que los intereses religiosos no son absolutamente determinantes, ya que la finalidad principal es la de

<sup>53</sup> Cfr. Cassación Social 08/11/2006 nº 05-41504.

<sup>54</sup> SAMSON, MÉLANIE, et BRUNELLE, CHRISTIEN: *La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié: étude empirique de l'incidence des chartes*, Les Cahiers de droit, vol. 48, nº 1-2, 2007, p. 281-321. in <http://id.erudit.org/iderudit/043931ar>, acceso em 22/05/2013.

<sup>55</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 23/04/2009.

<sup>56</sup> Processo 130-75, disponível em [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

permitir a ciudadano la concretización de su vida familiar, cultural y social en un día de semana único.

El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (TEDH) ya decidió sobre este tema en el caso *Konttinen*<sup>57</sup> concerniente al conflicto entre el empleador y un trabajador que se convirtió a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y que requería no trabajar a partir del ocaso del viernes hasta el ocaso del sábado “*Sabbat*”, y terminó siendo despedido por faltas; el tribunal decidió que lo que estaba en causa era un despido por faltas al trabajo y no motivado por las convicciones religiosas del trabajador. Consideró aún que, en caso de incompatibilidad entre la religión y el trabajo, el trabajador siempre tendría la libertad de renunciar.

Se trata claramente de una respuesta oblicuada e insatisfactoria merced a una argumentación muy distorsionada acerca de la dimensión del problema a luz de la protección de la libertad religiosa.

También el TEDH se ha pronunciado acerca del uso de símbolos religiosos, y en el caso *Dahlab vs. Suiza*<sup>58</sup>, con respecto a una profesora de la escuela básica que pretendía usar lienzo islámico en la cabeza, el TEDH consideró que el uso del lienzo no era compatible con la igualdad de géneros, cuya concretización debe ser proseguida por los Estados miembros de la Convención, y que, por otra parte, sería una señal muy significativa para usar ante los niños fácilmente.<sup>59</sup>

Pero el TEDH ha hecho referencia a la violación del deber de lealtad, además de la libertad de religión, al ejercicio de expresión y de divulgar libremente el pensamiento e información, y destaca el reconocimiento de que tales derechos no son exclusivos de las órdenes internas, pero que sí corresponden a un matiz de civilización con expresión en diversos instrumentos internacionales.

La práctica de estas libertades, en cuanto implica deberes y responsabilidades, puede someterse a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan providencias necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la conservación del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud y de la moral, la protección de la honra o de los derechos de otro, y para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

<sup>57</sup> Sentença do TEDH: Tuomo Konttinen versus Finlândia, de 03/12/1996, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>58</sup> Sentença do TEDH: Lucia Dahlab vs. Suíça, de 15/02/2001, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>59</sup> Sentença do TEDH: Eweida and Others v. The United Kingdom, de 15/01/2013, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int>.

El hecho de que tales derechos no sean absolutos, como es claramente inculcado en el número 2, de los artículos 8 y 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y el hecho de que tampoco se encuentre ninguna jerarquía establecida, presenta una problemática concerniente al conflicto latente entre ellos, que se va resolviendo según criterios casuísticos y, muchas veces con conclusiones que varían de jurisdicción a jurisdicción o aún dentro de la misma jurisdicción.

En el espacio judicial europeo, en función de lo vinculado a la Convención Europea para la Protección de los derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, el TEDH viene inclinándose hacia tal problemática, elaborando una jurisprudencia que permite asegurar un mínimo de uniformidad en el tratamiento y resolución de esa problemática, y donde podemos encontrar líneas de orientación fundamentales para el estudio de las situaciones concretas que se presentan a la apreciación de los tribunales.

La libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 de la Convención, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, basados en el pluralismo, tolerancia y apertura de espíritu, y es una de las condiciones básicas para el progreso de esa sociedad y para la realización personal de cada uno de sus miembros<sup>60</sup>, y puede constituirse como uno de los medios principales para asegurar el disfrute efectivo de otras libertades fundamentales, como la libertad de reunión y de asociación<sup>61</sup>, el abuso de la misma libertad<sup>62</sup>, el dominio de las relaciones de trabajo públicas y privadas<sup>63</sup>, la garantía de libertad de expresión concerniente a la comunicación social (prensa), que se reviste de particular importancia debido a su papel en la sociedad democrática, donde se impone el pluralismo de ideas<sup>64</sup>, no obstante el ejercicio de la libertad de expresión contiene deberes, fundamentalmente de respeto por los valores previstos en el número 2, del artículo 10 de la Convención, y de responsabilidades, particularmente en el caso de afirmaciones desprovistas de fundamento factual o proferidas de mala fe.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> Sentenças do TEDH: Palomo Sanchez e outros c. Espanha (29955/06); Lopes Gomes da Silva c. Portugal (37698/97); Azevedo c. Portugal (20620/04); Roseiro Bento c. Portugal (29288/02); Almeida Azevedo c. Portugal (43924/02) e Alves da Silva c. Portugal (41665/07).

<sup>61</sup> Sentenças do TEDH: Palomo Sánchez e outros c. Espanha (29955/06); Barraco c. França (31684/05).

<sup>62</sup> Sentenças do TEDH: Palomo Sánchez e outros c. Espanha (29955/06); Wizerkaniuk c. Polónia (18990/05); Steel e Morris c. Reino Unido (68416/01); Lopes Gomes da Silva c. Portugal (37698/97); Alves da Silva c. Portugal (41665/07).

<sup>63</sup> Sentenças do TEDH: Heinisch c. Alemanha (28274/08); Fuentes Bobo c. Espanha (39293/98).

<sup>64</sup> Sentenças do TEDH: Fressoz e Roire c. França (29183/95); Pinto Coelho c. Portugal (28439/08); Lopes Gomes da Silva c. Portugal (37698/97).

<sup>65</sup> Sentenças do TEDH: Dupuis e outros c. França (1914/02); Campos Dâmaso c. Portugal (17107/05); Pinto Coelho c. Portugal (28349/08); The Observer e Guardian c. Reino Unido, Bladet Tromsø e Stensaas c. Noruega (21980/93); Castells c. Espanha e Heinisch c. Alemanha (28274/08).



### 3. El estado de la cuestión en los estudios doctrinales

Aportando elementos normativos concretos que indican con una cierta claridad el desequilibrio existente, la doctrina laboral expresa que: *“donde faltan la debida lealtad y la buena fe, hay un incumplimiento y no hay ejercicio de un derecho, ni fundamental ni ordinario; y no puede haber protección, sino sanción”*<sup>66</sup>, y agrega que en situaciones de abuso o de mala fe, existirá incumplimiento.

En este hecho se resume la razón implícita de este estudio. Y es que: *“los derechos fundamentales, no sólo son limitados por los propios derechos constitucionales, sino que también por los bienes constitucionalmente reconocidos o protegidos, así como por los bienes que disfrutan de una protección infraconstitucional, como la buena fe contractual”*.<sup>67</sup>

En esta Tesis se pretende presentar la lealtad como el contrapunto de la confianza, o, por lo menos, de aquella originada por una conducta humana. La relación de lealtad implica una relación de confianza en la que, el núcleo activo, el que provoca la confianza –, es precisamente el individuo leal.

La corrección otorga las márgenes externas máximas de lealtad. Fuera de ellas no existe calidad, pero aquí podemos ir más allá: la previsibilidad, con la confianza inherente, exige una consideración más estricta. El que, dentro de lo correcto, actúe imprevisiblemente, no es leal. La lealtad exige, en un ámbito de legalidad, una actitud específicamente conforme a las expectativas del caso.

No es posible distinguir una lealtad ilegal que sería, más adelante, adoptada por el sistema, porque las necesidades de análisis que nos llevan a separar en lo humano, un plan específicamente jurídico no se corresponden con la realidad. Lo humano es social, y por tanto es jurídico.

Los sentimientos conectados a la lealtad, bien sea como algo que se puede exigir a otro, o sea como una realidad que debemos a nuestros semejantes, están, originalmente conectados a una idea ética normativa en la conducta exterior, porque el ser humano es leal por sentirse intrínsecamente, un *homo juridicus*: por tanto debe y puede exigir.

La doctrina critica hoy en día el concepto comunitario personal de la relación de trabajo. Esa relación ha visto surgir los deberes clásicos de lealtad y de asistencia, no obstante, el deber de lealtad se mantiene como deber accesorio legal reforzado, a cargo del trabajador y

<sup>66</sup> MONTOYA, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 83.

<sup>67</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *La pena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in *Revista de Relaciones Laborales*, 12, 2004, pág. 147.

por la razón fiduciaria que “*alimenta*” el contrato de trabajo, como un deber recíproco con el del empleador.

Destáquese la nueva concepción doctrinal y jurisprudencial de la prominencia de los principios de la equidad, de la función social del contrato de trabajo, del deber de lealtad y de la transparencia, como fundamentos de protección y armonización de los intereses de toda y cualquier relación jurídica, y especialmente, la relación de trabajo, porque, hasta en el siglo XXI pensar en justicia social es pensar en la propia justicia, ya que pretendemos que el propósito de esta investigación es profundizar en un nuevo rumbo del deber de lealtad en las relaciones laborales, no sólo por la evidente fragilidad del trabajador, en la medida en que ocupa una posición de hiposuficiencia, sino que también por la primacía de una realidad cada vez más importante de la relación jurídica con el empleador.

Así, el contrato de trabajo se debe caracterizar por la cooperación y la contribución entre las partes, de una forma sinalagmática y equilibrada, con la limitación del ejercicio de derechos que rigen los contratos de trabajo, invocada por la lealtad para actuar en campos como la “*exceptio doli*”<sup>68</sup>, de la teoría francesa del “*abuso del derecho*”<sup>69</sup>, de las teorías “*venire contra factum proprium suppressio*”, es decir, esos temas y sus respectivas ramificaciones no serán abordados en este estudio, sin embargo, esta última teoría tiene la función nuclear de definir contenidos, porque al derecho y aún a las cláusulas contractuales no les es posible definir todas las alternativas fácticas, y en el caso en consideración, no es posible que haya una norma que defina todas las conductas de los trabajadores o de los empleadores aunque puedan ser contradictorias en la relación sinalagmática y bilateral en todas las fases del contrato.

Para el propósito de este trabajo es importante invocar la doctrina francesa, que recientemente se ha revelado como forma consolidada en la evolución constructiva de la jurisprudencia de la Corte de Cassación<sup>70</sup>, en el sentido de admitir que la obligación de lealtad durante el contrato de trabajo no es cuestionable, ni aun motivada por la suspensión del

<sup>68</sup> E por essa teoria é conceptualizado a proibição de agir de forma a prejudicar o outro, embora que a conduta seja resguardada por uma norma jurídica.

<sup>69</sup> É fruto de construção francesa, e para a doutrina portuguesa: “(...) a ideia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um. O abuso do direito é uma figura de grau elevado de abstracção. Está-lhe ligado o conceito de direito subjectivo, ele próprio muito abstracto. (...) A condenação de certos comportamentos, por abusivos, alicerça-se, pois, no espaço jurídico francês, em cisão com dados culturais romanísticos (...)”; MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 683-684.

<sup>70</sup> Cfr. sentença da Cour de Cassation, Chambre Sociale, Nº 10-16649, de 12/10/2011.

contrato, porque ésta es concurrente con ejecutar el contrato de trabajo bajo los deberes de la buena fe, y si la deslealtad existe, el trabajador incurre en despido con justa causa

De este modo, si un trabajador cuyo contrato de trabajo se suspende, ignora el deber de lealtad u obligación de sigilo, está faltando de hecho a una de sus obligaciones profesionales, permitiendo al empleador sancionarlo<sup>71</sup>. Es más, es el deber de lealtad el que abre más oportunidades de aplicabilidad<sup>72</sup>, y de hecho, la doctrina es generalmente aceptada al reconocer la existencia de este deber de lealtad según el artículo 1134 del CCF, bajo el cual los acuerdos deben de ser realizados de buena fe.

Para la doctrina francesa el concepto de lealtad es el exponente máximo que caracteriza los abusos, sea de trabajadores o de empleadores, por lo que *“las maniobras desleales apreciadas tienen una duración amplia”*<sup>73</sup>, y en el mismo sentido se hace notar que la regla *“es válida en base a la violación del deber de lealtad”*.<sup>74</sup>

La lealtad no es sinónima de obediencia ciega. La lealtad significa hacer críticas constructivas manteniéndolas en el ámbito de la organización. Esto significa actuar con la convicción de que tal conducta va a promover los intereses legítimos de la empresa, por lo que ser leal a veces puede significar excusarse a hacer algo que el trabajador piense que puede perjudicar a la empresa y al equipo de trabajadores involucrados.

Tomar la iniciativa de hacer algo en el interés de la organización significa al mismo tiempo, demostrar la lealtad para con la empresa. En un contexto de empleabilidad, tomar iniciativas, no quiere decir solamente iniciar un proyecto en el interés de la empresa o del equipo, sino que también y sobre todo, asumir responsabilidad por su complementariedad e implementación.

<sup>71</sup> Cfr. decisão da Cour de Cassation, Chambre Sociale, nº 04-47558, *Bull. V*, nº 256, de 12/07/2006.

<sup>72</sup> *"Pour des applications de ce principe au cas de suspension du contrat de travail pour maladie"*: cfr. sentenças da Cassação Social, 21/03/2000, nº 97-44370, *Bull. V*, nº 115; Cassação Social, 27/06/2000, nº 98-40952, *Bull. V*, nº 249.

<sup>73</sup> J. LE GOFF: *Droit du travail et société*, Tome 2, *Les relations collectives de travail*, PUR, 2002, pág. 322.

<sup>74</sup> PÉCAUT-RIVOLIER, L.: *Donner l'information: les obligations du salarié*, *Revue de Droit Social*, nº 2, Février 2013, pág. 109, ao comentar a sentença da Cour de Cassation, Chambre Sociale, nº 03-40.734, de 20/04/2005. E no mesmo sentido TILLOY, C.: *Suspension du contrat. Régime de droit commun*, *Jurisclasseur Travail*, Fasc. 28-1, (22). *"(...) N'est pas remis en question le principe aujourd'hui consacré qu'il y a persistance de l'obligation de loyauté durant l'arrêt de travail, les juristes patronaux comme les auteurs classiques faisant dériver le devoir de loyauté de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail. La violation de l'obligation de loyauté dérivant du devoir de bonne foi constitue un motif valable de congédiement. La suspension du contrat de travail dispense les parties d'exécuter, le temps du congé, leurs obligations principales. Pourtant, les obligations dites secondaires et qui sont généralement rattachées au devoir de loyauté et à l'obligation de bonne foi, subsistent"*.

O sea, la lealtad sólo existe en un todo completo, porque se trata de un concepto básico.

Es decir, o hay lealtad o hay deslealtad.

Ser leal es lo mínimo que se puede ser, y siendo el deber de lealtad un deber accesorio que implica cooperación, presupone acciones de reciprocidad de la propia lealtad en la relación contractual, por lo que la violación implica el incumplimiento del contrato de trabajo o de cualquier otra tramitación de negocio.

La primera obligación del trabajador es ejercer con celo y dedicación las atribuciones de la función a desempeñar, y una vez investido en la función, tiene que esforzarse por dar lo máximo de sí mismo para el buen y fiel cumplimiento de sus obligaciones, sin actuar con negligencia o indiferencia. La dedicación se refiere al cargo, al servicio público, y no al detentor del poder temporal.

De igual forma, tiene que ser leal a la empresa; a la empresa, y no a las personas o a las autoridades, ya que la lealtad personal enfrenta el principio constitucional de la impersonalidad, y es ser fiel a las reglas que orientan la honra y la probidad en la relación laboral, y no se puede confundir con el servilismo, que caracteriza desvíos de conducta indeseables y fueron pauta en otra época en las relaciones laborales.

Comprendemos que logramos un papel decisivo en la búsqueda de las relaciones laborales en Portugal y España, en algunos casos por las lagunas incipientes en la terminología, con una comparación de los derechos sociales y jurídicos del deber de lealtad en cuanto accesorio de la buena fe contractual -, sin embargo, tal como refiere alguna teoría, el deber de lealtad tendrá una amplitud, como por cierto ya abordamos, superior a la simple buena fe.<sup>75</sup>

La doctrina reciente se caracteriza por la investigación y estudios como el presente sobre el deber de lealtad en las relaciones laborales, con nociones de concepción comunitario-personal, porque como es común, en los países ibéricos la retribución y la actividad son el núcleo esencial del contrato de trabajo, induciendo al deber de lealtad hacia la categoría de accesorio; así como reconocer una concepción del elemento comunitario en el contrato de trabajo preconiza una cierta dosis antagónica debido al conflicto de intereses que hoy en día están subyacentes al fenómeno de las relaciones laborales, colmado de conflictos en lo que toca a la universalidad del vínculo laboral.

---

<sup>75</sup> MENÉNDEZ PIDAL, J.: *La Lealtad en el Contrato de Trabajo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, E. Reus, 1961, pág. 17.

Esta actitud ha llevado a un alejamiento de los elementos comunitarios con la idea de consolidar un deber de lealtad con base legal, digamos que no muy sólida, tanto que su único soporte reside en el epígrafe del artículo 2105 del CCI<sup>76</sup>; y hoy se asume en la doctrina portuguesa, desde el punto de vista de su eficacia, un deber fuerte y omnipresente durante la vigencia del contrato de trabajo y después de la cesación, es decir, dotado de una “*característica de posteficacia*”.<sup>77</sup>

La doctrina española determina que las notas que caracterizan el contrato de trabajo, suponen que el trabajador ejerce su trabajo en un deber de buena fe contractual y con un deber de obediencia a las instrucciones legítimas que reciba del empleador, que debe proteger su vida e integridad, y la necesidad de que actúe conforme al sentido de la productividad y el respeto a los intereses económicos del empresario.<sup>78</sup>

La doctrina jurisprudencial del TCE ha acentuado la imposición del deber de lealtad en las relaciones laborales a través de innúmeras sentencias que abordamos en la secuencia de esta investigación, con la aplicación del deber judicial de promover la realización de la aplicabilidad efectiva de los elementos accesorios de la buena fe, a través de una tutela jurisdiccional, no de carácter moral, sino de un deber jurídico constitucional, con el objetivo obligacional de protección eficaz de los derechos fundamentales.

Dentro de esta línea de orientación, el TCE decidió que las normas que incluyen los requisitos formales deben ser aplicadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecerse tales requisitos, evitando cualquier exceso formalista que les convertiría en meros obstáculos procesales y en una fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego.<sup>79</sup>

La doctrina laboral española determina una aplicación total de los derechos fundamentales en la relación laboral, es decir, los derechos fundamentales tienen una forma de aplicabilidad especial. Esto significa que esos mismos derechos son ejercidos en la propia relación individual de trabajo, de la misma forma que fuera de esa relación contractual.

Se puede decir que “*determinadas manifestaciones de las libertades públicas de las*

<sup>76</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 233; na mesma linha: PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 420 e ss;

<sup>77</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 437; MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 625 e ss.

<sup>78</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. et al.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2006, pág. 483.

<sup>79</sup> Cfr. sentença nº57, de 08/05/1984.

*que disfrutaran los ciudadanos no son legítimas en la relación laboral, y precisamente en virtud de las obligaciones asumidas en el contrato”.*<sup>80</sup>

Si traducimos las presunciones judiciales en juicios de valor formulados ante los hechos probados, éstas se refieren al juicio de la materia de hecho.

El ejercicio de la *libertad de trabajo*, entendido como la libertad de elección de la profesión o del tipo del trabajo, dependiente o independiente, en cualquiera de sus modalidades o expresiones, concretiza el principio constitucional del derecho al trabajo, teniendo como base los artículos 47 y 58 de la CRP.

El deber de lealtad, en cuanto deber orientador de la conducta del trabajador, en el cumplimiento del contrato, se concretiza, esencialmente, en el deber de no concurrencia y en el sigilo, por lo que la sanción de despido es la solución postulada siempre que, en el *análisis diferencial* concreto de los intereses presentes, se concluya, en un juicio de probabilidad/prognosis sobre la viabilidad del vínculo, básicamente dirigido al soporte psicológico y fiduciario que la interacción relacional presupone -, que la permanencia del contrato constituye objetivamente una imposición insoportable e injusta al empleador, afectando, desmesurada y violentamente, la sensibilidad y libertad psicológica de una persona normal colocada en la posición del empleador real.

*“Generalmente el deber de fidelidad, de lealtad o de ejecución leal”*<sup>81</sup> tienen el sentido de garantizar que la actividad por la cual el trabajador cumple su obligación, representa de hecho la utilidad pretendida, vedándole comportamientos que apunten a una neutralización de esa utilidad, o que, autónomamente, determinen situaciones de *“peligro”* (...) para el interés del empleador o para la organización técnico-laboral de la empresa (...) ya que, en los cargos de dirección o de confianza, *“la obligación de lealtad constituye una parcela esencial, y no sólo accesoria, de la posición jurídica del trabajador”*. Esto apunta en el sentido de que *“el deber general de lealtad tiene una faceta subjetiva que pasa de su estrecha relación con la permanencia de confianza entre las partes (en los casos en que este elemento puede considerarse soporte esencial de la celebración del contrato y de la continuidad de las relaciones que en él se fundamentan)”* y que, viéndolo desde otro ángulo, *“presenta también una faceta objetiva, que se reconduce a la necesidad del ajuste de la conducta del trabajador, como imperativo de cierta adecuación de las obligaciones”*, y *“con el sentido que se le ha puesto en el artículo 126/1 CTP”*, de donde, *“en lo que especialmente respecta al trabajador,*

<sup>80</sup> DE VICENTE PACHES, F.: *El Derecho del trabajador al respeto a su intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Sociales, 1988, pág. 48.

<sup>81</sup> MONTEIRO FERNANDES, A. citado e referido no Acórdão STJ de 14/07/2010, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

se da *un imperativo de cierta suficiencia funcional - razonamiento al cual se atribuye marcadamente el cariz de objetivo -, y de su comportamiento en la realización del interés del patrón, en la medida donde está este interés ‘en el contrato’, es decir, tiene su dependiente de la satisfacción del cumplimiento (y de la manera del cumplimiento) de la obligación presunta para las contrapartes”*.<sup>82</sup>

En presencia de los varios dominios en que se desenrolla la temática *juslaboral*, es necesario reconocer que el gran peso reglamentario de la CRP se nota sobre todo en el área del llamado Derecho Colectivo, y la ley fundamental no se limita a definir grandes principios marco o estructurales, sino que asume un papel directamente conformador en lo que dice relación a algunos temas, como el de las organizaciones de trabajadores y de los conflictos colectivos, ya que el trato de problemas concernientes a cualquiera de esos dominios implica, casi siempre, el uso de preceptos constitucionales

Funcionando básicamente para una referencia valorativa, y no como dispositivo reglamentario, surge el complejo normativo que respeta sobre todo la dimensión individual del trabajo: la libertad de elección de profesión (artículo 47/1), la seguridad en el trabajo (artículo 53), el derecho al trabajo y el deber de trabajar (artículo 58/1 y 2) y, los derechos de los trabajadores en general (artículo 59).

La postura diferente del legislador constitucional ante las áreas de lo colectivo e individual, se puede comprender, prescindiendo de otras perspectivas, como la ideológica - a la luz de las exigencias operatorias que se imponían a la ley fundamental en el proceso de transición del sistema corporativo hacia el régimen laboral democrático

El deber de lealtad se manifiesta hoy, básicamente, en los deberes de no concurrencia y de sigilo profesional, siendo la expresión de buena fe contractual y significando que el trabajador no deberá aprovecharse de la posición funcional que ocupa en la empresa en detrimento del empleador, bien sea desviando su clientela o revelando secretos a la concurrencia<sup>83</sup>. Y evidentemente ese deber de lealtad no presenta siempre el mismo contenido, al contrario, varía en función de la naturaleza de las funciones del trabajador, acentuándose cuanto más cualificadas sean las funciones ejecutadas por el trabajador en la organización técnico-laboral del empleador, y coherentemente, el juicio de censura dirigido al trabajador no tiene que ser siempre igual, sino que cuanto más elevado sea el nivel de confianza establecido

<sup>82</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 12.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2005, págs. 231-234.

<sup>83</sup> AMADO LEAL, J.: *Contrato de Trabalho*, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2009, pág. 386.

entre las partes, más severo debe ser, objetivado en las funciones confiadas al trabajador en la respectiva estructura organizativa de la empresa.

La imposibilidad de subsistencia de la relación laboral es entendida por la doctrina como una inexigibilidad para el empleador de mantener el trabajador a su servicio, ante todas las circunstancias del caso en atención a las reglas de la buena fe y de la razonabilidad.<sup>84</sup>

El deber accesorio autónomo de lealtad<sup>85</sup>, en cualquiera de sus dimensiones, *maxime* repercute de forma negativa en el perjuicio para la buena imagen institucional empleadora, y como está estipulado en el CTP, y de forma lateral en el ETE, es practicada unánimemente por la jurisprudencia portuguesa y también por la española, repercutiendo así en una aplicabilidad extensiva que produce efectos que van más allá del compromiso y de la exigencia del deber de la no concurrencia y del deber de sigilo, o sea, la lealtad. Dado que se caracterice el contrato de trabajo a través de un tono en elemento fiduciario, o sea que se aparte este elemento, acentuándose así un estado de confianza entre las partes, la verdad es que la jurisprudencia ha enfatizado los ingredientes fiduciarios en la relación jurídico-laboral, y para los cuales el deber general de lealtad asume una utilidad estructuradora.

#### **4. Acercamiento preliminar al concepto de lealtad**

En el transcurso de la historia del Derecho del Trabajo, las pretensiones y autonomía de los trabajadores continúan sometidas al interés ajeno, conforme apuntó la doctrina española: “(...) *la libertad jurídica del trabajador se veía oscurecida en la práctica por la necesidad que el obrero tenía de aceptar las condiciones contractuales que le fijaba el empresario, sin otra alternativa que la del paro y la miseria*”.<sup>86</sup>

Modernamente, el *status* de inferioridad y privación del trabajador encuentra un resguardo en la forma jurídica del contrato de trabajo y en las relaciones colectivas, de forma que la sumisión pueda estar salvaguardada a través de un pacto laboral, pudiendo cesar posteriormente

La conexión del deber de lealtad, en cuanto deber accesorio del deber de la buena fe, juntamente con otros deberes de los trabajadores, va más allá de un simple deber, por cuanto

<sup>84</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 585.

<sup>85</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 420-422.

<sup>86</sup> MELGAR MONTOLYA, A.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 2001, pág. 65.



la extensión e intensidad del vínculo del trabajador determina una premisa fundamental, que es el cumplimiento del contrato de trabajo.

El principio de la buena fe, como precepto medidor de las relaciones jurídicas está presente desde el Derecho Romano, donde recibió una serie de aportaciones, de acuerdo con las influencias filosóficas así como conforme al campo del Derecho donde se fijó el instituto, y expresaba la valoración del comportamiento ético, del deber de la lealtad, del cumplimiento de la palabra, originándose así la noción ético-social del concepto jurídico de la buena fe.

Se trataba de la buena fe en sentido objetivo sin ninguna connotación moral, y en el período romano clásico, la buena fe, que era entendida como el respeto a la palabra dada, tenía la particularidad de vincular a las partes en las relaciones de negocios, aun cuando no existía una orden que las regulara, y se mantenía en una amplitud transversal al negocio jurídico, o sea, representaba un principio general con una estructura globalizada.

Posteriormente, en la cultura germánica, la buena fe asumió otra connotación, la de lealtad y creencia en el sentido de la garantía de mantener la palabra dada, refiriéndose a la noción de lealtad, de confianza general, surgiendo así la idea de abstracción a la conducta según la buena fe, apartándose de una raíz subjetiva conectada al examen del estado psicológico del sujeto.

Hoy en día la buena fe debe ser interpretada de forma que privilegie las cláusulas contractuales que sean conformes al objetivo del negocio, en este caso en particular, del contrato de trabajo

Las cláusulas generales son instrumentos que le dan la posibilidad al intérprete y al aplicador del Derecho, de tener mejores condiciones de resolución de los casos concretos.

Éstas tienen gran importancia en la aplicación del Derecho, ya que se hace inviable para el legislador el prever y regular de modo completo y preciso todas las situaciones y conflictos que exijan una solución.

Las disposiciones en las que se hace uso de la buena fe como cláusula general, han demostrado en la práctica que ella es un instrumento que ha permitido una verdadera apertura del sistema codificado, e incluso para el efecto de modificar los paradigmas tradicionales de estudio de las fuentes de producción jurídica, y es consecuencia de la admisión de principios tradicionalmente considerados metajurídicos en el campo de la ciencia del Derecho, por lo que se alude así al rigor lógico del sistema, que tiene como fundamento el puro raciocinio deductivo.

Y así, la buena fe como cláusula general, es un criterio valorativo de apreciación y hermenéutica de la norma y de la voluntad de las partes, que sirve para la evaluación exacta de lo manifestado en el negocio jurídico. Interpretando la voluntad con vista a la buena fe, se da consistencia al contenido del negocio jurídico celebrado, ya que al investigar los objetivos de las partes contratantes, el resultado puede proporcionar un panorama en el cual se constaten indicios de mala fe o deslealtad, por lo que en estos términos, entendida como cláusula general, la buena fe ha sido considerada la matriz del verdadero cambio dogmático, a través del cual los conflictos entre valores e intereses opuestos pueden ser regulados de forma flexible y dinámica.

Las legislaciones Francesa y Española admiten el principio de la buena fe en una actitud perfectamente definida a través de la codificación laboral, y de esa forma, el deber de lealtad tiene que ser interpretado por la buena fe objetiva en juicio comparativo al paradigma ético, para que el poder judicial pueda inferir las conductas nocivas e imponer su juicio, razones por las cuales los tribunales recurren muchas veces a la lealtad para eliminar la laguna normativa, y en verdad, la interpretación objetiva es la etapa lógica necesaria para la aplicación pura de la buena fe.

Así, es posible visualizar, en la integración, una fuente en donde se justifiquen los deberes accesorios una vez que no resultan directamente de la voluntad de las partes y, no necesariamente, de la norma imperativa inmediata, o sea, la función integrativa de la buena fe objetiva instituye deberes, obligaciones, derechos y pretensiones que no existen de forma explícita en la relación jurídica versada, ni de la regla inmediata. La función integrativa permite imponer que las eventuales lagunas existentes en un dado sistema jurídico sean completadas por reglas concretas que sólo prestigian el deber de lealtad, así como la transparencia, información y probidad, ajustándose plenamente a la concepción de buena fe, tal como los tribunales españoles han acentuado; y aunque el deber de lealtad asuma una transcendencia mayor ante el trabajador<sup>87</sup>, no deja de ser relevante que también le corresponde al trabajador una exigencia leal para con la otra parte.<sup>88</sup>

El deber de lealtad, es decir, el deber de proceder como un “*representante leal*”, requiere que el empleador considere los intereses de la empresa, sobre sus propios intereses, con el fin de concretarla con la mejor y la mayor diligencia posible junto a la de los

<sup>87</sup> Cfr. sentenças: nº 87/2012 de TSJ Aragón (Zaragoza), Sala de lo Social, 29/02/2012; Sentencia de TSJ Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Social, 2/09/2011; nº 736/2010 de TSJ Aragón (Zaragoza), Sala de lo Social, 25/10/2010; entre outras.

<sup>88</sup> Cfr. a sentença 1834/2010 de TSJ Castilla-La Mancha (Albacete), Sala de lo Social, 17/12/2010.

trabajadores, porque el ámbito de responsabilidades que adviene al empleador, se configura junto al deber de diligencia que asumió en el principio de la relación laboral.

Un incumplimiento del deber de buena fe que el párrafo a), del artículo 5, y del número 2, del artículo 20 del ETE, contemplan relevantemente en el ámbito de la relación laboral, el carácter de reciprocidad que manifiesta, y que la jurisprudencia ha señalado, de este modo, la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en la realización de su trabajo, se consideran como particulares incumplimientos por parte del trabajador, aunque no es de hecho, excesivamente importante la dualidad literal, porque la mayoría de las situaciones de abuso de confianza, se podrían simplemente englobar en la amplitud tipificada que supone la transgresión de la buena fe.

Esto no sucede en Portugal e Italia, donde el deber de lealtad (*fedeltà*) se encuentra normalizado, adquiriendo una interpretación norma-imperativa, y quedando el tribunal sujeto a la graduación de la sanción, siendo un deber que contiene un criterio específico de la conducta objetivamente exigible, a través de una actuación reflejada, pensando en la reciprocidad inherente al vínculo contractual, respetando sus intereses legítimos, sus expectativas razonables y sus derechos, actuando consecuentemente con lealtad, sin abuso, sin obstrucción, sin causar lesiones o perjuicios excesivos, cooperando para lograr el buen fin de la buena fe en el contrato de trabajo, a través de la realización de los intereses del trabajador y del empleador.

La definición del poder directivo como derecho potestativo del empleador, o sea, el que al ejercicio del derecho del empleador nada pueda ser opuesto, producirá efectos por la mera declaración de voluntad de su titular; entonces el sujeto pasivo de la relación estaría en un completo estado de sumisión, o sea, el trabajador debe soportar la “*producción de los efectos jurídicos inherentes al derecho potestativo*”, sin embargo, el poder de la dirección, a lo largo de los años, ha sufrido limitaciones y la consolidación del poder directivo como derecho potestativo demuestra una “*simplificación excesiva*”.<sup>89</sup>

Esto se debe al hecho de que la dirección de la actividad del trabajador por el empleador encierra una complejidad de relaciones, de poderes, de pretensiones y de encargos, porque aunque haya una sumisión del trabajador hacia el empleador, así como existe la sumisión de quien sufre los efectos del ejercicio del derecho potestativo, esas sumisiones son diferentes.

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pág. 663.

Y en el caso del contrato de trabajo, la sumisión se ha configurado como construcción amplia de la doctrina, y quien define el poder directivo como derecho potestativo tiene la idea de que el empleador actúa con el fin de elaborar las obligaciones del trabajador, y no solamente especificarlas<sup>90</sup>, porque básicamente la concretización de cualquier desobediencia por el trabajador, sin sanción, y ante las órdenes del empleador, manifiestamente arbitrarias, constitutivas de abuso de derecho y tendencialmente discriminatorias, son contrarias a la buena fe y a la dignidad del trabajador, y en este caso nada mejor que citar un proverbio portugués que dice “*si quieres ser respetado, date al respeto*”.

La jurisprudencia española<sup>91</sup> es fértil en la apreciación de este caso y en concreto donde se investiga el supuesto “*ius resistentiae*” por el trabajador, en la pertinencia del derecho potestativo del empleador, así como por el poder de dirección que le sobreviene, consolida la inobservancia, en la mayoría de los casos, de una total y absurda ignorancia del deber de lealtad que a su vez consolida el contrato de trabajo a través de la buena fe.

El deber de cooperar o colaborar obliga a las partes a actuar con lealtad, prohibiéndolas impedir u obstruir a la otra sobre el cumplimiento del contrato de trabajo, y a la vez, asegurarles el derecho de que queriendo cumplir su obligación, sin que se dé una exigencia excesiva burocrática o absurda, que lo impida; es esta reciprocidad la que es manifiesto y esencial corolario para el cumplimiento continuado de la relación jurídico-laboral.

El CTP prevé que esta reciprocidad de lealtad exista cuando se alude en el párrafo a), del número 1, de artículo 127, a que el empleador debe “*principalmente*” respetar y tratar al trabajador con urbanidad y probidad<sup>92</sup>, es decir, con cortesía, y respeto a la integridad del carácter y de la honra, y por el trabajador lo preceptuado por el artículo 128.

El ETE con una cobertura más “*disimulada*” prevé en el número 1, del artículo 7, bien como en la jurisprudencia<sup>93</sup> consolida, que el deber de la buena fe en el contrato de trabajo tiene un criterio valorativo de reciprocidad.

<sup>90</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 140 y ss..

<sup>91</sup> Cfr. sentenças: TSJ de la Comunidad Valenciana de 08/05/1998, nº 2236; TSJ Cataluña de 20/11/1997, nº 3941; TSJ de Andalucía (Sevilla) de 12/02/1996, nº 1120; TSJ de Asturias de 22/12/1995, nº 4598.

<sup>92</sup> Cfr. Etimológico do latim: *probitas.atis*.

<sup>93</sup> Cfr. o Recurso: 1189/1996 do T.S.J. Cantabria. (Sala de lo Social). Sentencia 28/08/1996, que indica: (... ) *La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (STS 26 enero 1987, RJ 130, con cita de las de 21 de enero y 22 de mayo 1986, RJ 312 y 2609).*

Aunque, en la mayoría de los casos, la deslealtad por parte del trabajador sea manifiestamente notoria, o por la violación del deber de sigilo, o por el hurto de material, o por la concurrencia desleal, es evidente que la deslealtad por parte del empleador se vuelve mucho más sutil y encarna posiciones maquiavélicas que pueden pasar por el asedio, moral o sexual, o por la extrapolación de cualquier hecho, que en circunstancias perfectamente normales pasarían desapercibidas.

De hecho no son más que los deberes que no habían sido escritos por las partes, no formalizados por la voluntad de los contrayentes en el contrato de trabajo, pero tácitamente previstos en razón de la función social que asume el propio contrato, y son, al fin y al cabo, los deberes que emanan de la obligación de conducta fijada por la buena fe, como deber de probidad, información, honestidad, cuidado, en fin, los deberes que se derivan de una ética objetiva y representan verdaderas obligaciones de conductas cuya inobservancia puede ocasionar el incumplimiento contractual.

El deber general de lealtad deriva de una relación estrecha de confianza entre las partes donde se acentúa el elemento fiduciario de estas relaciones, siendo necesario que el comportamiento del trabajador sea el modelo de esa confianza, no creando en el espíritu del empleador la duda sobre la capacidad futura del comportamiento de su trabajador; constituye una manifestación del principio de la buena fe contractual en el cumplimiento de las obligaciones, variando su contenido con la naturaleza de las funciones del trabajador, al ser ese deber más cuidado cuanto más cualificadas sean las funciones del trabajador en la organización técnico-laboral del empleador.

En la doctrina portuguesa es común<sup>94</sup> dimensionar el deber general de lealtad de una forma concreta y amplia, ya que el deber de no concurrencia y deber de sigilo son los presupuestos fundamentales que consolidan la forma concreta, y en esta dimensión, la lealtad está dotada de eficacia “*ex nunc*”.

En un sentido amplio, el deber de la lealtad no es más que un principio orientador de la conducta, tanto del trabajador como del empleador, que consolida el cumplimiento del contrato de trabajo, con una fuerza obligacional y laboral, percibiendo de esta forma la valorización conjunta, y acentuando de esta manera el que el deber de lealtad sirve también al empleador.

---

<sup>94</sup> E neste sentido, PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 355 e ss.; MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 231 e 233; MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 129.

La importancia del posicionamiento del trabajador en la empresa, y la violación del deber general de lealtad no depende de la constatación o de la verificación de prejuicios, ni de la existencia de culpa grave del trabajador, ya que la simple materialidad de su comportamiento conduce razonablemente a un efecto reductor de las expectativas de confianza por parte del empleador, así como la pérdida de confianza del trabajador en la entidad empleadora, crea una incomodidad motivacional en la concretización eficaz del contrato de trabajo.

La jurisprudencia ha considerado que el deber de lealtad es un deber absoluto y considera relevante el grado de violación de ese deber, y es en ese sentido en el que la disminución de confianza resultante de la violación de este deber no depende de la verificación de perjuicios, ni de la existencia de culpa grave del trabajador, ya que la simple materialidad de ese comportamiento, unido a un grado moderado de culpa, puede, en determinado contexto, conducir a un efecto reductor de las expectativas de confianza.<sup>95</sup>

La doctrina española asume la buena fe como elemento nuclear de la relación contractual entre el trabajador y empleador, que tiene una “*importancia singular*”<sup>96</sup> en virtud del grado de implicación personal del trabajador y del carácter duradero de la relación de trabajo, y conlleva un concepto esencialmente indeterminado respecto a un deber de conducta de contenido ético, en una perspectiva amplia, y así el cumplimiento de la buena fe obliga a evitar excesos innecesarios en el ejercicio de los deberes fundamentales.<sup>97</sup>

De este modo, el trabajador debe realizar la prestación laboral con el fin de concretar el cumplimiento de la relación laboral y abstenerse de comportamientos desleales, o sea, debe proceder conforme a las reglas de honestidad y diligencia que están implícitas desde el principio, perfeccionamiento y desarrollo del contrato de trabajo<sup>98</sup>, dado que este deber de buena fe impuesto, no se debe confundir con la exigencia generalizada del deber de lealtad que se identifica con una situación de sumisión (vasallaje) a los intereses de la empresa.<sup>99</sup>

Bajo el deber de lealtad subyacen el deber de no concurrencia con la entidad empleadora, como estipula el número 1, del artículo 21 del ETE, así como el deber de sigilo o de confidencialidad intrínseco en la relación laboral, y se hace más evidente cuando esté

<sup>95</sup> Cfr. acórdão do STJ de 11/10/1995, publicado na CJ tomo III pág. 277.

<sup>96</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 24-25.

<sup>97</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales*, Revista de Derecho Social, nº 6, 1999, pág. 20.

<sup>98</sup> Cfr. referem, entre outras, as sentenças: STS de 14/01/1987, (A/ 25); STS de 01/06/1987, (A/ 4084); STS de 21/09/1987, (A/ 6226).

<sup>99</sup> Cfr. referem, entre outras as sentenças: STC 120/1982; STC 88/1985; STC 129/1989; STC 126/1990; STC 99/1994; STC 6/1995; STC 4/1996 e STC 1/1998.

conformado en el contrato de trabajo, o cuando no se haya previsto cualquier acuerdo escrito de confidencialidad específica, que por cierto está en el artículo 5 del ETE, y más precisamente en el párrafo a), del número 1.

Las actitudes por parte del trabajador, tales como hurtos, injurias al empleador o a su familia, falta de celo, de asiduidad y de puntualidad y mentiras<sup>100</sup>, son entre otros aspectos de perfecta deslealtad con los compromisos asumidos en la relación jurídico-laboral.

La infracción del deber de buena fe por parte del trabajador puede dar lugar al despido con justa causa, según consta en el artículo 351 del CTP y en el párrafo d), del número 2, del artículo 54 del ETE, además de la compensación por los daños y las pérdidas que pueda haber provocado al empleador.

Es muy importante abordar la tutela de la confianza, pues debemos tener como corolario que el trabajador y empleador tienen el deber de un comportamiento marcado por la honestidad y lealtad, porque será a través de estos preceptos por los cuales resultan relaciones laborales de confianza y la continuidad; es decir, las partes deben esperar lo que cada una va a recibir y lo que va a dar, por ello, hoy en día el principio de la autonomía de la voluntad por el principio de buena fe y también la libertad de contratar, están limitadas a la consolidación de los deberes dimanantes del principio general, como el deber de información, de corrección, de secreto y de lealtad, entre otros.

El deber de lealtad, tanto del trabajador, como del empleador, debe ser observado desde la fase en la que las partes inician las negociaciones, teniendo como objetivo la futura contratación, y es en ese contexto en el cual la responsabilidad civil de la empresa incluye también la fase precontractual, cuando la discusión acerca de la información, así como el consejo y la recomendación, se puede lastrar por las más diversas y distintas vías.

En nuestra opinión, el modo de imputación por la desconfianza después de la violación del deber ético de conducta, esencial para las relaciones laborales, y que impone el deber de reparar los daños por ella causados, dimana de un valor fundamental que se irradia hacia todas las relaciones de derecho privado, incorporándose en el ordenamiento a través de principios generales, de reglas, de cláusulas generales y de patrones que componen el sistema abierto del Derecho del Trabajo.

---

<sup>100</sup> E com acentua PÉCAUT-RIVOLIER, L: *Donner l'information: les obligations du salarié*, Revue de Droit Social, n° 2, Février, 2013, na pág. 103, que mais do que o cumprimento normal e correcto do contrato de trabalho, o trabalhador terá a obrigação de não mentir na execução do referido contrato.

La protección de la confianza y la lealtad, en particular, no deben ser efectuadas de una manera general y sin ningún criterio, lejos de los sistemas jurídicos ibéricos, los cuales poseen como valores fundamentales la tutela de la libertad y de la autonomía privada.

Un equilibrio necesario y cuidadoso incorpora estos principios que deben de constituir los criterios de los operadores del derecho, para preservar la armonía del sistema, previniéndose en él la difusión de decisiones injustas, y buscando el ideal de la construcción de una justa jurisprudencia.

Al deber de informar corresponde el deber de mantenerse informado, así como no se debe ampliar el ámbito de las acciones sancionadoras de forma generalizada, con el fin de ver reparados todos los daños sufridos en el trato social y laboral, bajo pena de adulterar las relaciones bilaterales y sinalagmáticas del contrato de trabajo.

Por lo tanto, entendemos que la tutela jurídica proteccionista y extrema, puede significar una interferencia incorrecta del empleador ante la autonomía privada del trabajador, y el exceso de protección puede generar decisiones perversas y efectos contrarios a lo esperado.

El principio de buena fe, así como el deber de lealtad significan que las partes se obligan a negociar de buena fe y a proceder con lealtad en todos sus procedimientos, así como en la ejecución de lo que sea acordado.

Para ello, en lo que concierne a las relaciones laborales colectivas, juzgamos que es posible registrar que las partes se vean obligadas a examinar todas las propuestas de forma recíproca con el objetivo de formular contrapropuestas de convergencia, sean éstas modificativas, sustitutivas o nulas.

Las partes deben, anticipadamente, acordar las normas y condiciones conforme al incremento productivo de la estructura organizacional y en armonía con las condiciones laborales vigentes, y también la garantía de que el resultado de las negociaciones no tendrá un “*predominio viral*” en la estructura, en los trabajadores y en la sociedad, que muchas veces se ve excluida y perjudicada por los actos negociados y aplicados por los actores negociadores.

En realidad, el deber de lealtad ha sufrido modificaciones a través de los tiempos, ateniéndose hoy en día a cierto positivismo; y sea por el elemento estricto, sea por el elemento amplio, es un deber que tiene un protagonismo que la misma jurisprudencia no olvida, al contrario, con una actitud afirmativa, lo implementa. Esto se debe también al hecho de que la simbología etimológica, que ha estado unida al concepto durante años, se ha vaciado luego en la relación laboral.



### 5. La lealtad e implicación del trabajador en la empresa

El deber de lealtad requiere una interconexión con las tareas que los trabajadores tienen que desempeñar, supuestos que están relacionados, no sólo en el ambiente de trabajo sino también en las relaciones extra-laborales que se encuentran conexas con el contrato de trabajo.

No es posible ser leal cuando algo no atiende, por lo menos, a las condiciones mínimas de trabajo, sean los salarios, el ambiente, el liderazgo, etc.<sup>101</sup>

Al alcanzarse las condiciones mínimas de trabajo, la satisfacción se convierte en el próximo paso objetivo para llegar a la lealtad. Cuando ya se alcanzó la satisfacción, se busca la permanencia de los profesionales, principalmente de los que se consideran imprescindibles en la organización.<sup>102</sup>

La concepción comunitaria de las relaciones laborales es, de una manera genérica y consensuada, la transformación de la buena fe contractual, en cuanto criterio del correcto cumplimiento de las obligaciones, tanto del empleador como del trabajador, concretadas en un deber de fidelidad del trabajador y de un deber de protección por parte del empleador.<sup>103</sup>

Existe una razón para ello: ciertas asociaciones que evocan nuestra lealtad se dan entre aquellas que se encuentran más implicadas o identificadas. Ello resulta implícito en lo que se refiere a la definición de trabajo como los “*anexos asociativos intrínsecamente valiosos*”.<sup>104</sup>

La lealtad se considera implícita: con la familia, las amistades, la profesión, la empresa y la nacionalidad, pero no absolutamente, a no ser que haya una mutua relación. En tales identificaciones, el destino o bienestar de los objetos de la lealtad están vinculados a la propia persona. Se puede sentir vergüenza u orgullo de ciertos hechos; y por lo tanto se deben de asumir los riesgos y soportar los cargos de haberlos asumido.<sup>105</sup>

Aunque la lealtad tiende a considerar las asociaciones o grupos que tienen un cierto

<sup>101</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 8-9.

<sup>102</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 42-43.

<sup>103</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y Otros: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Sevilla, 1977, pág. 84.

<sup>104</sup> Intrínsecamente valiosos anexos associativos são, geralmente, aqueles em que nós desenvolvemos uma forma de identificação social. Vimos para o valor do vínculo associativo para seu próprio bem (o que pode ter inicialmente motivado). A nossa lealdade é não apenas a grupos que possam existir, ou mesmo a qualquer grupo com o qual temos alguma associação, mas apenas para aqueles a que estamos suficientemente e estreitamente ligados ao nosso propósito. Ver STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 51-60.

<sup>105</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 23-28.

valor social, la lealtad puede adoptar una disposición práctica, pero no indica que sea verdadera. En teoría cualquier asociación puede convertirse intrínsecamente valiosa o no para nosotros, y puede serlo aunque esté socialmente depreciada o condenada, como en el caso de las “*pandillas*” o del crimen organizado, que pueden convertirse en objetos de lealtad, no menos que las asociaciones profesionales empresariales legalmente constituidas.<sup>106</sup>

Todo esto plantea la importante cuestión de saber si los juicios sobre el valor de la lealtad son equivalentes a los juicios sobre el valor de las asociaciones a las que se presta dicha lealtad. Entonces, ¿no tiene la lealtad cualquier valor independiente del objeto particular asociativo, al cual está relacionada, o a su valor (lealtad) vinculado con el objetivo propio de la lealtad?<sup>107</sup>

Algunos argumentan que la lealtad es virtuosa o viciosa, dependiendo de lo que se hace al margen de la lealtad. Otros argumentan que la lealtad es siempre una virtud, aunque esté asociada a un comportamiento inmoral.<sup>108</sup>

Considérese el caso de un “*nazi*” leal. Se argumenta que debido a que un “*nazi*” puede ser leal, dicha lealtad no implica que sea una virtud, pues las virtudes están intrínsecamente conectadas a la idea del buen sentido y no al fanatismo. Está claro que los “*nazis*” leales podrían expresar su lealtad de varias formas (como ser esposo, padre, compañero de trabajo) y, por lo tanto, esas formas de lealtad funcionan como virtudes. En el caso más interesante, un “*nazi*” leal es susceptible de causar un daño mayor que aquel que no lo es. Por otra parte, si un “*nazi*” permitiera que los judíos escaparan, sería una cuestión de deslealtad.<sup>109</sup>

Se entiende que la lealtad es vista generalmente como una virtud particularista, es decir, que le otorga un privilegio a ciertos grupos o individuos. Aunque exista el principio universal de lealtad, que se expresa en “*lealtad a la lealtad*” existe un gran debate sobre la relación entre las obligaciones particulares, tales como las que están asociadas a la lealtad y a la gratitud, y las obligaciones universales debidas a todos, en virtud de su humanidad.<sup>110</sup>

En contraposición al carácter universal de la lealtad, hay ciertas obligaciones particulares bajo ideas universales como es el caso de honrar a los padres.<sup>111</sup>

<sup>106</sup> STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 51-60.

<sup>107</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 70-75.

<sup>108</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 55-59.

<sup>109</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 64-70.

<sup>110</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 88-92.

<sup>111</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 60-63.

La satisfacción de los trabajadores se entiende como una medida de desarrollo organizacional y debemos inferir sobre la necesidad urgente de que las empresas racionalicen sus negocios, transformando a sus trabajadores, en activo importante de las organizaciones, sea por medio de su desempeño profesional, de su permanencia o por medio de la lealtad profesional.<sup>112</sup>

Esta satisfacción, para algunos trabajadores, puede significar un estándar del cometido que se relacione con un nivel de aceptación mínimo; por otra parte, para otros, un nivel de desarrollo cercano a la perfección, representa una subjetividad relativa en la definición de la satisfacción funcional. Por otra parte, se relaciona la satisfacción profesional con una actividad específica, evaluable conforme a una determinada ocasión.<sup>113</sup>

La satisfacción de los trabajadores también puede estar relacionada con la empresa donde trabajan, definiéndola como una evaluación global, basada en las condiciones de trabajo, a través del tiempo. Por ello, la satisfacción es una evaluación continua de la organización en la consecución de los beneficios que los trabajadores buscan.<sup>114</sup>

Además, la satisfacción es un proceso activo y dinámico, bajo influencias económicas y sociales y, en este contexto, el estudio de la satisfacción debe tener en consideración el papel desempeñado por las motivaciones, emociones, necesidades materiales y económicas, todas ellas en relación al nivel de satisfacción.<sup>115</sup>

Se deduce de ello que es difícil definir la satisfacción de los trabajadores, sin embargo, para que la comprensión sea más clara, ésta se puede definir como la respuesta de la plenitud del trabajador, es decir, en qué medida las condiciones de trabajo resultan satisfactorias, incluyendo niveles que superan el nivel esperado por el trabajador.<sup>116</sup>

Con respecto a las condiciones de trabajo, debemos observar cuáles son las condiciones mínimas de trabajo ofrecidas por la empresa y si estas condiciones mínimas satisfacen a las necesidades básicas de los trabajadores. De entre las condiciones mínimas ofrecidas por la empresa están la alimentación, el local de trabajo, los equipos disponibles, el nivel de seguridad de las instalaciones, la atención médica disponible, y ciertamente, las

---

<sup>112</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 37-39.

<sup>113</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 14.

<sup>114</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 59-60.

<sup>115</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 17.

<sup>116</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 65-67.

condiciones de salario, de descanso, de vacaciones y de beneficios, que también ayudan a definir mejor las condiciones mínimas de trabajo.<sup>117</sup>

Cuando se evalúan las condiciones mínimas de trabajo que la organización ofrece, los trabajadores, generalmente, analizan prioritariamente la condición salarial, sin embargo, no dejan de considerar las condiciones mínimas conexas y, por lo tanto, la medida del nivel de satisfacción de los trabajadores sirve como medida para verificar el desarrollo global de la empresa en relación a las expectativas de los trabajadores.<sup>118</sup>

Cuando existen intereses en la evaluación de la satisfacción de los trabajadores, como muestra de la evaluación de las condiciones del trabajo, también se deben relacionar las expectativas y las percepciones de los trabajadores como antecedentes de la satisfacción. El riesgo de las organizaciones a interpretar la satisfacción de los trabajadores, basado en las condiciones de trabajo, está en el hecho de que los aspectos que se refieren a las condiciones de trabajo son determinados, normalmente, por la percepción de los gerentes, destacándose que en muchos casos, ese entendimiento puede no coincidir con el pensamiento de los trabajadores.<sup>119</sup>

Las condiciones de trabajo se deben de considerar como el potencial intrínseco para proporcionar la satisfacción, y que el desempeño profesional dependa de las condiciones de trabajo que la empresa ofrece. Es importante subrayar que la satisfacción de los trabajadores es un concepto que depende de la función valor, que puede ser definida como el cociente entre el cometido y el salario, más los beneficios recibidos por los trabajadores, o está en relación entre los salarios y los beneficios recibidos, comparado con los costes de la empresa.<sup>120</sup>

De esta forma, las condiciones de trabajo se pueden entender como la percepción actual de los trabajadores sobre el cometido profesional, y la satisfacción como basada no solamente en la experiencia actual, sino que también en experiencias pasadas y en experiencias futuras anticipadas por el juicio de los trabajadores, debido a sus percepciones acumuladas y a las proyecciones de sus expectativas.<sup>121</sup>

<sup>117</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 104-107.

<sup>118</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 189-192.

<sup>119</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 23-24.

<sup>120</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 27-29.

<sup>121</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 204-205.

Con el desarrollo de nivel de competitividad en el mercado de trabajo, se puede deducir que la permanencia de los trabajadores es importante y que el gran desafío comienza a ser el reconocimiento de ellos, mostrándoles cuánto la empresa los estima por el valor de su trabajo. Sin embargo, esa visión trasciende la preocupación de la simple satisfacción de los trabajadores, porque en realidad, es un nuevo modo de pensar respecto de lo que genera mejoras de rendimiento profesional y en la forma como se deben relacionar en el ambiente de trabajo.<sup>122</sup>

La permanencia de los trabajadores es la llave del éxito, y es uno de los componentes importantes para la consolidación de la participación del mercado de la empresa, respetando, básicamente, la satisfacción funcional. De ese modo, deben utilizarse las estrategias de permanencia de los trabajadores. Sin duda, el desempeño profesional es importante para mejorar la generación de valor y propiciar incentivos de modo que los trabajadores sigan retenidos y leales. Como una etapa consecuente con la permanencia de los trabajadores, es bueno recordar que los beneficios de la lealtad se reflejan, generalmente, entre las causas, por las cuales una empresa es más lucrativa que otra.<sup>123</sup>

No siempre la satisfacción da lugar a la permanencia de los trabajadores; y es que las condiciones de trabajo, la satisfacción, la retención y la lealtad son conceptos distintos, pero sin embargo, interdependientes. La satisfacción es un paso necesario hacia la permanencia de profesionales y a la conformación de la lealtad, y puede ser el resultado de las condiciones de trabajo que las empresas ofrecen.<sup>124</sup>

Permaneciendo leales a la empresa, los trabajadores representan una continuidad de rendimientos, reflejando el valor individual del trabajador a través del tiempo.

La lealtad del trabajador no es una mera función del comportamiento pasado, sino un concepto que debe incorporar el compromiso en relación a la empresa, sentimiento de lealtad a la Empresa motivado por presiones de tipo cultural o familiar, en cuanto compromiso normativo. La lealtad implica un compromiso y no es sólo comportamiento repetitivo, ya que tal compromiso es una promesa implícita o explícita de la continuidad del trabajo. La lealtad es compromiso profundamente arraigado, y se refiere a la repetición del nivel del cometido funcional, a través del tiempo, aunque influencias situacionales y esfuerzos de los

<sup>122</sup> ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance managment*, 3ª Ed., Kogan page, London, 2006, págs. 20-21.

<sup>123</sup> VANHOUCKE, MARIO: *Project managment with dynamic scheduling*, Springer Verlag, New York, 2012, págs. 56-58.

<sup>124</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 34-35.

competidores tengan potencial para provocar un comportamiento de renuncia del trabajador.<sup>125</sup>

Aun existiendo una correspondencia indiscutible entre la permanencia y la lealtad, en ciertas circunstancias, el trabajador es leal, pero no tiene necesidad o interés en mejorar su función laboral. Cuanto más tiempo mantiene una empresa a un trabajador leal, más comprometido se sentirá con la empresa, será más dependiente de las condiciones de trabajo que la empresa ofrece y menos propenso a aceptar salarios un poco superiores de otras empresas. Sin embargo, a largo plazo, no es seguro que la permanencia continúe, al ser necesario analizar otras dos variables: responsabilidades y salarios, que confieren a la relación la necesidad de redefinición de las condiciones de trabajo.<sup>126</sup>

En cuanto a las responsabilidades, la empresa debe evaluar si hay espacio para que el trabajador leal, asuma o no las nuevas atribuciones y, por lo tanto, proporcionar el reajuste salarial merecido, en función de estas nuevas responsabilidades.<sup>127</sup>

Otro aspecto a destacar es el de que trabajadores satisfechos y diligentes que son leales a la empresa tienden a identificarse a favor de los productos y de los servicios de la empresa.<sup>128</sup>

La obligación principal contenida en una relación laboral, es que el trabajador ponga sus fuerzas y su energía personal, en la realización de un determinado servicio; este atributo intrínseco del trabajador es elevado a objeto contractual, al ser tomadas en consideración por el empleador las características subjetivas de cada persona para contratar el que, en su opinión, es el más hábil y eficiente para el logro de las tareas ejercidas.

La prestación del trabajador es exclusivamente personal, y lo es en un doble sentido: primeramente, porque por su trabajo el trabajador se compromete, mientras destina parte de las energías físicas y mentales que de él emanen y que están constituidas por su personalidad, a la ejecución del contrato, es decir, al cumplimiento de la obligación que asumió contractualmente; en segundo lugar, al ser cada persona un individuo distinto de los demás, cada trabajador difiere de otro, difiriendo también las prestaciones de cada uno de ellos, en

<sup>125</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 173-174.

<sup>126</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 89-90.

<sup>127</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 45.

<sup>128</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 51.

cuanto expresión de cada personalidad singular, y “*ante tales hechos, el contrato de trabajo no mantiene la identidad si ocurre cualquier alteración en la persona del trabajador*”.<sup>129</sup>

La prueba para saber si es o no leal, es el comportamiento en detrimento de la intensidad de los sentimientos: los hechos de la persona leal son el continuo cumplimiento con el compromiso de lealtad, aunque es posible que sea desfavorable o dispendioso para la persona con quien firmó el compromiso.<sup>130</sup>

Los que se han concentrado en la lealtad como un sentimiento, también pretenden negar que la lealtad pueda estar racionalmente motivada<sup>131</sup>. Pero aunque las expresiones de fidelidad no sean maximizadas (en términos de coste beneficio), la decisión de comprometerse con lealtad puede ser racional, pues no necesita (en la verdad, no debería) entrar en asociaciones ciegamente, o – aun cuando sean inevitables (como la familiar o nacional) –, aceptar sus demandas sin pensar. Por otra parte, una vez firmados esos compromisos deben de ser ejecutados con lealtad, aunque pudieran ser sustituidos ante alegaciones significativamente más importantes.<sup>132</sup>

Se entiende que el requisito general de la buena fe en la ejecución de contratos asume matiz particular en el desarrollo del vínculo que, también se caracteriza por el carácter duradero y personal de las relaciones emergentes, y estas notas típicas de las relaciones de trabajo subordinado han contribuido de tal modo que, en algunas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, se coloca el acento en el elemento fiduciario de las mismas relaciones, es decir, en la necesidad de subsistencia de un estado de confianza entre las partes como fundamento objetivo de la permanencia del vínculo.

El deber de fidelidad, de lealtad, o de “*ejecución leal*” tiene el sentido de garantizar que la actividad para la cual el trabajador cumple su obligación y representa de hecho la utilidad prevista, impidiendo comportamientos que se dirijan hacia una neutralización de esa utilidad o que, autónomamente, determinen situaciones de “*peligro*” para el interés del empleador o para la organización técnico-laboral de la empresa. “*El trabajador debe, en principio, abstenerse de cualquier acción contraria a los intereses del empleador, pero el deber de lealtad tiene igualmente un contenido positivo. Así, debe el trabajador tomar todas las precauciones necesarias cuando se percata de una amenaza de daño o cualquier perturbación... o cuando ve a terceros, especialmente a otros trabajadores, ocasionar daños*”.

<sup>129</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 17ª Ed., Madrid, Civitas, 1999.

<sup>130</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 38-44.

<sup>131</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 65-69.

<sup>132</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 38-44.

Al fin y al cabo, se hace referencia a los valores tradicionales y esenciales para el sistema jurídico como son la confianza, lealtad, honra y a la rectitud<sup>133</sup>, que son deberes recíprocos que expresan el espíritu de colaboración y confianza en la relación jurídico-laboral.

Es necesario reestructurar los hechos que fundamentan el comportamiento culpable del trabajador y consecuentemente la violación del deber de lealtad, y que determinan la justa causa del “*comportamiento culpable del trabajador*”, ante una situación determinada, de la que resulta una situación de “*imposibilidad de subsistencia de la relación de trabajo*”.

Ese requisito se debe entender en el sentido de no ser exigible al empleador el mantenimiento de esa relación de trabajo y no debe ser considerado como imposibilidad objetiva<sup>134</sup>; y ello ante el comportamiento culpable del trabajador, que impone una ponderación de intereses, y es por tanto preciso que objetivamente no sea razonable exigir del empleador la permanencia de la relación contractual.<sup>135</sup>

La lealtad del trabajador no es una mera función del comportamiento pasado, sino un concepto que debe incorporar el compromiso con relación a la empresa. Lealtad implica un compromiso y no sólo un comportamiento repetitivo, dado que tal compromiso es una promesa implícita o explícita de continuidad del trabajo. La lealtad es un compromiso profundamente arraigado, y que se refiere a la reiteración del cometido funcional, a lo largo del tiempo, aunque influencias situacionales y esfuerzos de la competencia tengan potencial para provocar la renuncia del trabajador.<sup>136</sup>

Y aun cuando hay una correspondencia indiscutible entre la permanencia y la lealtad, en ciertas circunstancias, el trabajador es leal, pero no tiene necesidad o interés por mejorar su cometido operativo. Cuanto más sea el tiempo que una empresa mantenga a un trabajador leal, más comprometido se sentirá el trabajador con la empresa, más dependiente será de las condiciones de trabajo ofrecidas y será menos propenso a aceptar salarios un poco superiores

<sup>133</sup> GIL Y GIL, J. L.: *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pág. 116.

<sup>134</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 559 e ss. E específicamente sobre a recondução do requisito da impossibilidade à ideia de inexigibilidade, na jurisprudência, acórdão STJ de 22/02/1995, *CJ*, 1995, I, 279, e acórdão. RE de 15/02/2005, *CJ*, 2005, I, 273.

<sup>135</sup> A este propósito, LOBO XAVIER, B. DA G.: *Curso de Direito do Trabalho - I Volume (Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes)*, Verbo, Lisboa, 2004, pág. 493, em que indica, como pontos de referência: “*situação insustentável*”, “*relações intoleráveis*”, “*perigo para o futuro contrato*” ou “*comportamento que vulnera o pressuposto fiduciário do contrato*”; o mesmo autor alude a um juízo de prognose sobre a viabilidade da relação de trabalho. Veja-se também, MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, cit., págs. 557 e ss. e págs. 572 e ss., onde faz referência a uma valoração, no sentido de, naquele caso, não ser exigível que a entidade empregadora se limite a aplicar ao trabalhador outra sanção disciplinar, porque a violação perpetrada inviabiliza a permanência do vínculo.

<sup>136</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 173-174.



por parte de otras empresas. Sin embargo, a largo plazo, no es seguro que esta permanencia continúe, pues es necesario analizar otras dos variables: responsabilidades y salarios, que confieren a la relación la necesidad de redefinición de las mismas condiciones de trabajo.<sup>137</sup>

En cuanto a las responsabilidades, la empresa debe evaluar si hay espacio para que el trabajador leal asuma, o no, nuevas atribuciones y, por lo tanto, proporcionar el merecido reajuste salarial, en función de estas nuevas responsabilidades.<sup>138</sup>

Accediendo a consideraciones cuidadas, coadyuvadas por otros autores igualmente ilustres de la doctrina portuguesa y española<sup>139</sup>, cuya disociación pertinente se nos figura indiscutible, diremos, en refutación del mayor argumento, relativo a la circunstancia invocada de la conducta sindicada, y a pesar de ser extralaboral, el deber de lealtad (que equivale a honradez, honestidad y pundonor) asume en el contrato de trabajo una doble dimensión, siendo considerado, en su ambivalencia, como el deber orientador general de la conducta del trabajador en el cumplimiento del contrato, y sobre esta especificidad y en concreto, se entiende con respecto a los demás vínculos obligatorios, a su “*intuitu personae*”, es decir, a la participación personal del trabajador en la conformación de la relación contractual.

La coercibilidad existente y a la cual el trabajador está sujeto por el poder de dirección del empleador, puede fijarse de dos maneras: llevando a los tribunales la aplicación de las sanciones adecuadas, o lo que la legislación laboral<sup>140</sup> define; donde se le confiere al empleador el poder de aplicar la sanción que él mismo considere adecuada, correspondiéndole al trabajador la facultad de recurso al tribunal, que requiere la anulación de la sanción aplicada, y la particularidad de que el empleador dispone, porque estamos ante relaciones particulares, le permite por vía punitiva y no meramente compensatoria o indemnizatoria ante el hecho de una conducta desleal del trabajador.

<sup>137</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 89-90.

<sup>138</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 45.

<sup>139</sup> MONTOYA MELGAR, A.: in *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Tecnos, Madrid, 1988, pág 437, destaca que o despedimento é um acto jurídico fundado na autonomia negocial privada, que produz a extinção *ad futurum* do contrato de trabalho por decisão do empregador.

<sup>140</sup> E numa perspectiva comparada verificamos que: 1) Em Itália, o artigo 2106 do *Codice Civile* determina a sujeição do trabalhador a sanções disciplinares, em caso de inobservância dos deveres laborais de diligência, obediência e lealdade; 2) Em França, nos seus artigos L. 122-6, L. 122-8 e L. 122-9 do *Code du Travail*, verificamos que a matéria disciplinar encontra-se em redor do conceito *faute grave du salarié*, que permite a resolução imediata do contrato de trabalho; 3) Em Espanha, o artigo 58 do ETE consagra um sistema gradativo de sanções disciplinares; Em Portugal preconiza o CTP através do artigo 328, que o trabalhador está sujeito ao poder disciplinar do empregador de forma gradativa, culminando com o despedimento com indemnização ou compensação.

Es obvio que la imagen de la empresa también puede verse perjudicada cuando el trabajador realiza alguna actividad esencial y/o constituye parte fundamental en la elaboración de su propia imagen pública y tanto es así, que la actitud desmedida de un cirujano, de un deportista profesional, de un piloto de aviones, o de un trabajador con un cargo dirigente, puede, en alguna circunstancia, perjudicar la imagen del empleador y justificar una sanción por violación de la lealtad y confianza que les han sido dadas, y consecuentemente inferir una sanción disciplinar por conducta extralaboral.<sup>141</sup>

Si los trabajadores no perciben un interés del empleador por su persona y sus condiciones de trabajo, no es posible la implicación y la aportación necesaria de los trabajadores en el proyecto empresarial. Muchos aspectos de las condiciones de trabajo no son suficientes agentes motivadores por si mismos, pero de no existir condicionan desfavorablemente los necesarios niveles de motivación superior. A su vez, la participación de los trabajadores en actividades preventivas es una buena forma de contribuir a desarrollar la motivación trascendente. Las condiciones de trabajo son pues concluyentes en el capital intelectual y emocional de la empresa.

Es común que las acciones interpuestas por los trabajadores, y no es el caso de la violación del deber de lealtad por el empleador, sean refutadas por una desmotivación inherente a la incapacidad de lo que es contradictorio, o porque el empleador puede adoptar represalias y consecuentemente el trabajador se ve sujeto a acoso moral, o también, como es en el caso portugués, porque la morosidad y los costes judiciales, se hacen insoportables para el requirente.

Sin embargo, cuando la violación del deber de lealtad es motivo de despido, la jurisprudencia ibérica acentúa con frecuencia ese propósito, porque la esencia del contrato de trabajo está constituida por las obligaciones fundamentales que asumen cada una de las partes que lo celebran, asunto que haremos un abordaje en este Capítulo introductorio.

---

<sup>141</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 249.

## ***6. Conexiones del deber de lealtad con otros deberes contractuales***

El contrato de trabajo presupone, a más del cumplimiento recíproco de las obligaciones correspondientes al respeto mutuo entre el empleador y el trabajador, y entre éste y los demás compañeros de trabajo, al igual que con los representantes del empleador con el fin de lograr que el desarrollo y ejecución de la relación contractual se realicen en forma pacífica y armónica, y prevalecen en ella la confianza, la lealtad y la solidaridad, entre otros deberes contractuales.

Tanto los trabajadores como los empleadores deben observar siempre, en sus relaciones laborales, comportamientos en los que prime el respeto mutuo. Igualmente, los trabajadores están obligados a respetar a sus superiores y sus compañeros, de manera que se desarrollen y ejecuten las tareas contratadas en armonía y paz, de lo contrario, no sólo se verían afectados los intereses de la empresa sino todo el personal que allí labora.

La lealtad debe entenderse a la luz del pensamiento moderno como sinónimo de respecto probidad, diligencia, celo, honradez y buena fe, que obliga por igual a los trabajadores y a los empleadores. Se habla entonces del deber de lealtad, que se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber, en un sentido ético y moral, distinta de la buena fe, en sentido de creencia que se refiere al campo del conocimiento.

La relación que se establece mediante el contrato de trabajo no solamente vincula a los empleados con el empleador, sino también con sus representantes, o sea todos aquellos que desempeñan tareas de dirección o administración, como los gerentes, administradores, directores, los propios representantes de los trabajadores en sede de las relaciones colectivas, y quienes lleven a cabo labores de representación con la aprobación de la empresa.

El respeto y la lealtad entre el empleador y el trabajador se ramifica para la de las murallas de la empresa, de ahí que la norma causada autorice al empleador para dar por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo por justa causa, cuando el trabajador comete actos graves de violencia, injuria o maltrato contra éste, su familia, sus representantes o vigilantes, fuera del servicio, pues es evidente que actos de esa índole afectan en forma notoria y permanente la relación laboral.

En las relaciones laborales de nuestros días, se evidencia la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos, lo que implica a su vez la protección a quien confía en la honorabilidad ajena y por tanto, existen intereses que deben protegerse con independencia que el contrato de trabajo, se celebre o no.

La normal ejecución del contrato de trabajo implica la observancia de una serie de deberes para cada una de las partes conexas con el deber de lealtad, y especialmente relevantes para el trabajador, en cuanto relacionados con la obligación primaria de asistir al trabajo y realizar su actividad laboral, son la de diligencia, obediencia, respecto, celo, o productividad.

Ciertamente, deber básico del trabajador es el de *“cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”*, conforme el párrafo a), del artículo 5 del ETE, y el artículo 126 del CTP.

Se analizará desde aspectos más amplios, en cuanto a una construcción subjetiva y objetiva de la diligencia, lo que se debe o puede exigírsele a un trabajador dependiendo de la función que realice, en virtud de lo que ha mencionado la doctrina, y tenemos en consideración la doctrina española afirmando que: *“El deber de diligencia se postula como uno de los deberes laborales básicos del trabajador... obliga al deudor del trabajo a cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo...y además como deber conexo a contribuir a la mejora de la productividad. El deber de diligencia corresponde a la parte deudora de la relación de trabajo, siendo un requisito esencial de la prestación, de la cual no puede dissociarse en cuanto que el cumplimiento ha de ser, precisamente, un cumplimiento diligente<sup>142</sup> (...) su obligación consistirá no en trabajar de cualquier forma sino en modo que garantice el mejor cumplimiento de su obligación y con ello la mejor satisfacción del interés del empresario como acreedor.”<sup>143</sup>*

También en conexión con el deber de lealtad, el deber de diligencia obliga al trabajador a cumplir las tareas en forma escrupulosa, poniendo toda la capacidad física e intelectual a tal efecto, de acuerdo a cada caso concreto, esto es, cargo y tarea.

La ausencia de esta necesaria diligencia a la hora de prestar servicios para el empleador puede ser causa de accidentes o daños en los instrumentos de trabajo de la empresa.

El deber de diligencia, previsto en el artículo 128 del CTP, nos permite conocer que su incumplimiento de forma reiterada, puede considerarse justa causa de despido, ya que

<sup>142</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, págs. 250-251, que cita MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2004, pág. 317.

<sup>143</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, pág. 251, que cita a: MARTIN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ - SAÑUDI GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, pág.564.

compete al empleador establecer las medidas necesarias para la mejora de las condiciones en la empresa, y con especial enfoque, un “*sistema*”<sup>144</sup> de prevención en las condiciones de higiene, de seguridad y de salud en el trabajo.

Nos corresponde incidir desde ahora en que el deber de lealtad no se confunda con el deber de diligencia, dado que objetiva en la medida de lo posible, el cumplimiento de los deberes estipulados en el contrato de trabajo, y por eso forma parte del núcleo central conjugado con el deber principal de la actividad de trabajo a través del propio contrato.

El deber de promover la mejoría de la productividad de la empresa entronca con el deber de diligencia y celo, y tiene una dimensión relevante, pues implica la estructura organizacional, y tiene una conexión estrecha con el deber de la lealtad, porque el comportamiento de promover la productividad tiene en su base el contexto organizacional del vínculo; sin embargo, hay que realzar que la reciprocidad es notoria en este deber, ya que es obligación del empleador el proporcionar en general la formación profesional, que es un requisito básico para la proyección productiva de la empresa, evidenciado por la doctrina portuguesa<sup>145</sup>, que al ser un deber accesorio integrado en la actividad del trabajador, no permite una conexión con el deber general de lealtad.

El trabajador asume a través del contrato de trabajo la obligación fundamental y elemental de trabajar y como tal tiene el deber ante el empleador de cumplir la obligación asumida, debiéndole la diligencia necesaria que determinan el ETE, los convenios colectivos, las órdenes emanadas o las instrucciones correspondientes.

La diligencia y la productividad están íntimamente conectadas por un elemento subjetivo de la voluntad, que es decir querer, y de un elemento objetivo, alcanzar un resultado definitivo; en cualquier caso, tanto trabajador como empleador, mantienen un vínculo de reciprocidad exigido por la buena fe, como por cierto prevén los párrafos a), y e), del artículo 5 del ETE, ya que el deber de diligencia tiene una interconexión con el deber principal de la buena fe, debida al hecho de obligar al trabajador a cumplir lo estipulado en el contrato de trabajo.

La diligencia se asocia al cumplimiento de la prestación debida a través de la buena fe, y eso obliga a adoptar una conducta de probidad, honestidad y celo, de tal forma que no defraude al empleador.

<sup>144</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 13ª Ed., 2007, pág. 245.

<sup>145</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 538.

Al fin y al cabo, se hace referencia a los valores tradicionales y esenciales para el sistema jurídico como son la confianza, lealtad, honra y a la rectitud<sup>146</sup>, que son deberes recíprocos que expresan el espíritu de colaboración y confianza en la relación jurídico-laboral.

Entendemos que el trabajador cumple el deber de diligencia y asume la colaboración en la productividad en la empresa, cuando desarrolla su actividad con el interés debido, como objetivo para alcanzar el rendimiento normal o pactado por el contrato de trabajo.

Sin embargo, al empleador le corresponde el compromiso de no incurrir en situaciones que denoten negligencia, de la cual puedan resultar daños o mala fe por tal conducta, que la jurisprudencia española aplica, aunque esa negligencia y la falta de productividad sea más frecuente por parte del trabajador.<sup>147</sup>

La jurisprudencia<sup>148</sup> ha defendido la existencia de la justa causa de despido en ciertas situaciones, principalmente cuando la violación del deber de diligencia conlleva tal intensidad que independientemente de la repetición, se penaliza como justa causa, al darse una quiebra de confianza en el trabajador.

El deber de obediencia exige “*cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*”, conforme la alinea c), del artículo 5 del ETE, y el párrafo 2), del artículo 128 del CTP.

Por la celebración del contrato de trabajo, el trabajador asume un deber inicial: cumplir con sus obligaciones de forma diligente, o sea, no basta con ejecutar el contrato pura y simplemente; además, en la obligación contractual subyace el deber de comportarse de forma diligente.<sup>149</sup>

Dicha diligencia manifiesta un conjunto de deberes representativos de una conducta activa y determinada del trabajador que permita satisfacer el interés de su contraparte y ejecutar la tarea concreta que le impone el contrato. Como es sabido, la diligencia consiente

<sup>146</sup> GIL Y GIL, J. L.: *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pág. 116.

<sup>147</sup> Vejamos a sentença do TSJ de Castilla-La Mancha de 01/02/2006 (RJ 115) que nega a responsabilidade civil ao empregador por inexistência de uma conduta culposa ou negligente. Assim como as sentenças TSJ Cataluña (dos) de 10/07/2006 (JUR 71441) e de 27/04/2012; em sentido contrário, a sentença TSJ Cataluña (Sala de lo Social) nº 7914/2002 de 11/12/2002.

<sup>148</sup> Cfr. Acórdão STJ de 01/10/1997, *CJ*, 1997, III, pág. 263.

<sup>149</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, pág. 255: “*El concepto de buena fe absorbe dentro de sus más vastas y elásticas fronteras a aquel de la diligencia*”; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II, - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 353-354.

una doble clasificación: objetiva y subjetiva, y la primera pone el acento en el resultado, en la obtención del rendimiento, en cuanto que la subjetiva se caracteriza por los cuidados y cautelas.

Pero, salvo en el caso de aquellos trabajadores que se encuentran afectados por alguna discapacidad, lo cierto es que la diligencia objetiva es la que prima en materia laboral, y en cuanto tal, con una connotación con la actitud leal del trabajador.

La diligencia y la lealtad no son conceptos intercambiables, sino que representan ámbitos distintos de actuación, y tanto la diligencia como la lealtad se expresan como modos de comportamiento que en último término se conectan tal como ocurre, por ejemplo, en la debida observancia de los deberes de seguridad e higiene.

Si se pretende, entre ambos conceptos existe una relación de género a especie; más aún, el trabajo diligente presupone la existencia de un marco mayor fundado en la buena fe. La diligencia se asocia indefectiblemente al cumplimiento idóneo de la prestación debida, o sea, el deber de trabajar y el deber de ser diligente es una moneda indivisible, de tal forma que si el trabajador lleva a cabo su función sin la diligencia necesaria, entonces incurre en un tipo de incumplimiento contractual sancionado por el legislador. De allí que la diligencia se asocie con la aptitud, con la pericia o con la idoneidad del trabajador, porque se así no sucede, la deslealtad es sancionada.<sup>150</sup>

Como refiere la jurisprudencia portuguesa y española, la diligencia laboral exige un rendimiento propio o normal del buen trabajador<sup>151</sup>. De esta manera, y en sentido normativo la diligencia puede genéricamente definir-se como el grado de esfuerzo exigible para determinar y ejecutar la conducta que representa el cumplimiento de un deber. No que concierne a la prestación de trabajo, la diligencia debida varía fundamentalmente con la naturaleza dese trabajo, con el nivel de aptitud técnico-laboral del trabajador para aquel y con el objetivo inmediato visado, y esta conexión del deber de lealtad se traduce, concretamente, en obligaciones que tanto son de hacer como de no hacer.

Este doble imperativo consagrado en la legislación y consagrado en la jurisprudencia, permite ejecutar el contrato de trabajo de buena fe y de estar obligados los trabajadores de

<sup>150</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 320: "(...) la diligencia consta de un elemento interno y subjetivo (...) y un elemento objetivo, de un resultado (la obtención del rendimiento). Igualmente posee la diligencia un aspecto cualitativo (según el cual el trabajador diligente deberá alcanzar un nivel correcto en la calidad de su prestación) y otro cuantitativo (según el cual deberá obtener un nivel correcto en la cantidad de trabajo realizado)".

<sup>151</sup> GARCÍA VIÑA, J.: *La Buena Fe en el contrato de trabajo, especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y social, Madrid, 2001, págs. 118-119.

modo general a observar *"lealtad para con el empleador"*, pues les impone el tener que ajustar su conducta a una regla ética que se recela en el total cumplimiento de sus obligaciones, no sólo a las que se expresan en el contrato, sino a todas las otras que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por ley pertenecen a ella. Aun cuando la doctrina al ocuparse del tema de la *"lealtad"* del trabajador a respecto de su empleador se ha centrado en las obligaciones que este tiene de *"no violar el secreto de la empresa"* y *"no competir deslealmente"*, ello significa que otros aspectos de la relación laboral sean ajenos a este deber de obrar de buena fe, puesto que en ámbito de las relaciones jurídicas esta buena fe con la que se debe ejecutar el contrato no es mas que una concreta expresión de los usos sociales y una específica aplicación de valores jurídicos que enferman la totalidad del ordenamiento positivo.

La relación laboral entraña vínculos que no se reducen o abrevian exclusivamente a sus efectos puramente materiales, sino que también se extienden a los de orden moral y ético, los cuales, a la vez, imponen el cumplimiento de las recíprocas obligaciones de manera leal y de forma que de plano excluyan la posibilidad de daño, ofuscación, incumplimiento o concurrencia desleal con la otra parte.

De suerte que con la relación jurídica emanada del contrato de trabajo surgen otra serie de obligaciones y deberes recíprocos del empleador y del trabajador, y así las cosas, el contrato de trabajo no debe erigirse en un instrumento para restringir postulados constitucionales, pero, existen derechos del empleador, por ejemplo a la libertad de empresa, como del trabajador a la información, que le es inherente por la simple circunstancia de ser ciudadano, y que no son absolutos en la medida en que el primero encuentra su límite, entre otras en la dignidad del trabajador, en tanto, el segundo en la abstención del trabajador de hacer público algunas situaciones o datos propios e inmanentes a la actividad empresarial que por su connotación, merecen, en forma legítima, un respeto a su reserva.

Una vez vigente el contrato de trabajo, la responsabilidad indemnizatoria exigida al trabajador compatible con la disciplina, se relaciona principalmente, con el incumplimiento grave (con culpa o dolo) de sus deberes contractuales de diligencia, obediencia y lealtad.

Los incumplimientos de los deberes contractuales del empleador durante la vigencia de la relación laboral constituyen, posiblemente, los supuestos más importantes de la responsabilidad indemnizatoria en el contrato de trabajo, y esta conclusión se fundamenta en quién es el sujeto incumplidor, el momento en que tienen lugar los incumplimientos y la naturaleza de los mismos.



Como valor, la buena fe no solo puede ser invocada para coartar conductas claramente maliciosas o fraudulentas, sino también para imponer un modelo de conducta tutelado por las ideas de lealtad y cooperación

De tal forma que el concepto no viene a sancionar una conducta específica, sino que su naturaleza y razón de ser es predominantemente establecida no por el ordenamiento legal sino por unas expectativas sociales de comportamiento ejemplar y leal.

La admisión del deber de lealtad no supone introducir paradigmas determinados que puedan fácilmente formular esquemas normativos de validez general, sino líneas, directrices de la conducta social que deben ser ajustadas a cada caso, eso sí, sustentada en un principio universal del cual se ha venido discutiendo, que impone a las partes que negocian un arquetipo de conducta social, de lealtad y de fidelidad.

Todavía, en el trato diario con los deberes laborales, el trabajador debe siempre actuar con la buena fe y diligencia, o sea, desempeñar sus funciones con dedicación, honestidad y profesionalismo, celando por la eficacia y destreza en la producción, para hacer frente a su retribución mensual.

El deber de obediencia deriva de la subordinación y es inherente a la organización empresarial, pero ¿cuál es el límite al deber de obediencia?

El deber de obediencia tiene límites que deben analizarse caso a caso, y no se puede pues establecer principios generales.

Por otra parte debe distinguirse, por ejemplo, si el trabajador pertenece, y por ejemplo, al personal militar o policial donde se exige un cumplimiento más estricto de las órdenes, aun que sea personal administrativo a través de un contrato de trabajo. El trabajador puede negarse a cumplir la orden si: a) La misma significa cometer un delito; b) Si la competencia para decidir el tema le es propia y el que dicta el acto se la está usurpando; c) Si el superior no es competente para dictar el acto; d) o la orden no está revestida de las formalidades que el Derecho impone.

Pero, el deber de obediencia y en cuanto deber accesorio, es lo mas importante a par del deber de lealtad<sup>152</sup>, porque el involucramiento personal del trabajador y la componente organizacional del contrato de trabajo, justifica que el deber de lealtad del trabajador no se

---

<sup>152</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II, - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 353-354, concretizando que o: “(...) trabalhador deve obediência não apenas às directrizes do empregador sobre o modo de desenvolvimento da sua actividade labora (ou seja, ao poder directivo), mas também às directrizes emanadas do poder disciplinar prescrito, em matéria de organização da empresa, de comportamento no seu seio, de segurança, higiene e saúde no trabalho, ou outras”.

reduce apenas en reglas de un comportamiento para con la contraparte, pero también en la exigencia de un comportamiento correcto ante los intereses de la organización.

La prestación del trabajador es exclusivamente personal, y lo es en un doble sentido: primeramente, porque por su trabajo, el trabajador se compromete mientras destina parte de las energías físicas y mentales que de él emanan y que están constituidas por su personalidad, a la ejecución del contrato, es decir, al cumplimiento de la obligación que asumió contractualmente; en segundo lugar, al ser cada persona un individuo distinto de los demás, cada trabajador difiere de otro, difiriendo también las prestaciones de cada uno de ellos, en cuanto expresión de cada personalidad singular, y *“ante tales hechos, el contrato de trabajo no mantiene la identidad si ocurre cualquier alteración en la persona del trabajador”*.<sup>153</sup>

El trabajador adquiere la obligación de colaborar de forma leal en el cumplimiento correcto de las normas e instrucciones del empleador, dictadas en relación con los aspectos de la seguridad en el trabajo, al igual que debe un cierto tipo de diligencia, imprescindible para garantizar la seguridad no sólo propia, sino también de sus compañeros de trabajo o de terceros.

El alcance del deber de colaboración está determinado por factores nucleares: las posibilidades personales del trabajador; la naturaleza de las medidas de prevención que se hayan previsto en la empresa; la formación específica que haya recibido en materia de seguridad; y, las instrucciones, tanto generales como específicas en el ámbito de la prevención que le hayan sido dadas por el empleador.

Cumplir las órdenes e instrucciones del empleador en el ejercicio regular de sus funciones directivas, pues el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empleador o persona a quién éste delegue de quien dimanen las órdenes e instrucciones, pues la indisciplina o desobediencia en el trabajo, si es grave y culpable, puede ser causa de despido. Sin perjuicio de que no existe un concepto unívoco de este principio, la buena fe se traduce en una obligación de las partes contratantes que les exige actuar rectamente, de forma honrada, sin intención de dañar u *“oscurecer”* las cláusulas acordadas, obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación. En el fondo, se hace referencia a valores tradicionales y esenciales para el ordenamiento jurídico como son la confianza, la lealtad, la honradez o la rectitud.

---

<sup>153</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 17ª Ed., Madrid, Civitas, 1999.

Estos deberes son recíprocos y expresan un espíritu de colaboración y confianza aplicables en las relaciones laborales, pues con ello, se impide a las partes actuar motivadas por un mero interés particular o exclusivo, que haga perder el sentido de utilidad común y que debe informar a lo contrato de trabajo, y presupuesto que impende entre las partes una relación de urbanidad y respeto, que la lealtad exige.

El deber de lealtad supone proteger una serie de relaciones jurídicas, en atención a razones de carácter moral o social, y en el ámbito laboral, la lealtad traerá aparejada la protección del contratante diligente y que actúa fundado en un procedimiento correcto, sin que exista fraude o dolo en su trabajo. De este modo, la lealtad de los actores laborales se traducirá en el hecho de que tanto su declaración o conducta, así como su voluntad, se ajustan no sólo a los cánones de la legalidad, sino que, también, a los de la justicia. Esto explica el que la protección del ordenamiento se despliegue en toda su magnitud cuando el error en que se ha incurrido no sea irresponsable, cuando para llegar a la convicción se ha empleado la diligencia propia de una persona cuidadosa.

Pero no puede considerarse engañado quien conoce y sabe la existencia de un fraude o de un abuso detrás de una determinada actuación o figura contractual; ni el ordenamiento jurídico podría amparar dicha situación, pues lo que se busca precisamente es evitar los subterfugios o actuaciones engañosas, que mas no son que actitudes desleales.

El deber de cooperación se expresa en tareas y obligaciones concretas, y en ese ámbito, existen algunas que deben ser resaltados, porque están íntimamente conexas con el deber de lealtad, o sea, el *deber de aviso*, el *deber de secreto* y el *deber de diligencia*. (i) el *deber de aviso*, sintetiza un deber general de información y comunicación por parte del trabajador.

Estas exigencias, por cierto, siempre se entienden vinculadas al puesto de trabajo del dependiente y a la naturaleza de las obligaciones por él asumidas; (ii) el *deber de secreto*, obliga a guardar la debida confidencialidad y discreción sobre determinados asuntos o informaciones de las cuales tome conocimiento el trabajador en razón de su cargo. Se trata, por cierto, de antecedentes relevantes, sobre los cuales existe un interés fundado en que no sean divulgados, y en esta perspectiva, debieran ser consideradas como informaciones relevantes aquellas de carácter técnico, científico o de recursos.

Y este deber de secreto es un verdadero límite a la libertad de expresión, en el sentido que el trabajador no puede divulgar ningún tipo de información o dato que pueda perjudicar al empleador y/o dañar la imagen de la empresa.

Y no podemos quedar de referir que con respecto a todas aquellas materias que se encuentran vinculadas a la intimidad, el honor o la privacidad del empleador, por el contrario, la revelación de irregularidades que suponen un funcionamiento anormal de la empresa y que, en el caso de hacerse públicas, benefician al interés social, no debieran quedar cubiertas por este deber. Tampoco pueden estarlo los actos ilícitos cometidos por el empleador, y (iii) los *deberes de diligencia*. Con ello se hace referencia al cumplimiento de obligaciones vinculadas con la asistencia, guarda y conservación de las personas y de las cosas. Dentro de las expresiones más elocuentes de este deber se encuentran las prohibiciones de soborno y sabotaje. También se suele incluir dentro de esta categoría a las prohibiciones de competencia desleal, que permiten hacer una perfecta simbiosis con la deslealtad, sea del trabajador, o sea del empleador.

Una mención aparte merecen las exigencias derivadas del principio de confianza. Como se sabe, la lealtad es un concepto estrechamente vinculado a la confianza mutua, aun cuando la sobrepasa en su extensión.

A ello habría que agregar que, en el ámbito laboral, todos los trabajos llevan envuelto un deber básico de probidad y corrección por parte del trabajador, que se funda precisamente en la confianza de su contraparte. Por ello, e independientemente de la tarea asumida, y del cargo que se ostente, el trabajador no puede eludir estos deberes básicos. De allí que no pueda competir deslealmente con su empleador, que no pueda aceptar sobornos ni recibir gratificaciones o revelar los secretos relativos a la empresa. Tampoco puede abusar de la confianza en él depositada, porque lo que esta en causa es el compromiso de lealtad interpartes, o sea, la persistencia de la reciprocidad.

Con todo, dentro del catálogo de alternativas que presenta la realidad laboral, existe un colectivo de trabajadores que se vincula con el empleador precisamente en razón de la confianza en él depositada. No es la misma confianza a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por el contrario, se trata de una especial posición al interior de la organización empresarial que deja en evidencia que ciertos trabajadores se encuentran muy próximos o cercanos al empleador, como si se tratase de una especie de *alter ego* de éste.

La concurrencia de esa confianza acentúa el carácter personalísimo del cargo, cuestión que obliga a que el trabajador ejecute conductas positivas que traspasan el mero deber de la prestación de trabajo<sup>154</sup>. Ese es el caso, por ejemplo, del alto directivo, del trabajador de

---

<sup>154</sup> SIERRA HERRERO, A.: *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, Pág. 115.

servicio doméstico, o de toda persona que ha ingresado a la organización empresarial para dirigir y gestionar la empresa, porque el concepto de exclusiva confianza es una cuestión de apreciación que debe estar fundamentada en la naturaleza misma de la función desempeñada.

En general, estos cargos deben ser referidos a ciertos puestos claves dentro de la estructura de la organización, que corresponde desempeñarlos a trabajadores únicos o de excepción, los que toman a su cuidado la marcha de los negocios o de un establecimiento en particular, con facultades para administrarlos, dirigirlos en general e incluso obligar al empleador frente a terceros, y es precisamente en estas relaciones laborales que el deber de lealtad es bastante mas acentuado, y también se suele incluir dentro de esta categoría a los trabajadores de empresas ideológicas y los trabajadores que manejan recursos o valores del empleador.

En todos estos casos, el trabajador de exclusiva confianza se ve obligado a un deber mayor de lealtad que sea acorde con la posición que se ocupa al interior de la organización creada por el empleador. De allí que si este trabajador vulnera la confianza en él depositada, o abusa de la misma, entonces se entiende que se ha incurrido en una modalidad cualificada de infracción.

Es nuestra firme convicción, que en las relaciones laborales, lo deberes contractuales aludidos en esta epígrafe tienen una dimensión nuclear en torno del deber de lealtad, elevada, y la pertinencia actual del mercado de trabajo, con la vulnerabilidad existente, consolida la lealtad en cuanto el núcleo celular, pues los otros deberes gravitan en la misma órbita.

### ***7. La lealtad en ciertas posiciones y puestos de trabajo***

La lealtad del trabajador es una manifestación del compromiso organizacional<sup>155</sup>, la fuerza relativa de una identificación individual con la participación en una empresa particular, teniendo como base la internalización y la identificación.<sup>156</sup>

Los comportamientos del trabajador se pueden caracterizar por tres factores relacionados, como: una creencia y fuerte aceptación de los objetivos de la empresa y de sus

---

155 Comprometimento Organizacional é o vínculo organizacional do trabalhador com uma empresa. Dentre os possíveis vínculos existentes, o que está relacionado com a lealdade é o “vínculo afetivo”, que representa o desejo de contribuir, sentimento de orgulho em permanecer na organização, ver: BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56.

<sup>156</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

valores, una voluntad para ejercer un considerable esfuerzo en nombre de la empresa y un gran deseo por mantenerse como miembro de la organización.<sup>157</sup>

La lealtad del trabajador se revela como una relación activa con la organización, de manera tal que los individuos están dispuestos a dar algo de sí mismos, para contribuir al bienestar de la organización<sup>158</sup>, especialmente con un compromiso que incluya creencias y acciones; la lealtad refleja una respuesta efectiva a la organización como un todo y se acepta a lo largo del tiempo<sup>159</sup>, y puede ser definida como medida del nivel de compenetración con la empresa, con los colegas y con los clientes, con el objetivo de permanecer por mucho tiempo en la organización.<sup>160</sup>

Existen básicamente dos tipos de deberes de los administradores, directores, trabajadores dirigentes: el deber de lealtad de amplitud inconmensurable, y el deber de no concurrencia; el deber de la lealtad constituye el más importante de los deberes y el deber de no de concurrencia “*parece ser un deber independiente*”, sirve de apoyo al deber de lealtad, para prevenir la colisión con el deber de lealtad, cuando es debido a más de una empresa.<sup>161</sup>

El factor clave que determina, o no, si existe un posible conflicto de intereses o conflicto de deberes, será la cuestión de confidencialidad, y si el deber de confidencialidad es respetado, o si el trabajador participa de una actividad que sea diferente a la de las actividades de la empresa principal, no hay problema en mantener los dos empleos.<sup>162</sup>

El deber de no concurrencia permanecerá, mientras el profesional tenga la posición de dirigente en la empresa, y su propia renuncia a esta posición determinará el término de este deber y el ex-trabajador tendrá el derecho a un nuevo trabajo, sin necesidad de informar a su empresa anterior; nótese que la rescisión del deber de no concurrencia no tiene efecto sobre el deber general de lealtad.<sup>163</sup>

El sistema jurídico establece que, cuando se trata del incumplimiento del deber de no concurrencia, la indemnización se paga por todos los daños sufridos por la empresa, como resultado de las violaciones de la ley, o del contrato de trabajo, o de los estatutos, o de otros actos ilícitos cometidos por la administración en el ejercicio de sus funciones.<sup>164</sup>

<sup>157</sup> STOKES, PETER: *Critical concepts in managment and organizations*, Palgrave, New York, 2011, págs. 17-23.

<sup>158</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 52-55.

<sup>159</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>160</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalt*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>161</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 48-51.

<sup>162</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 44-47.

<sup>163</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 48-49.

<sup>164</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 50-51.

La responsabilidad de la empresa es, principalmente, una responsabilidad consecuencia de un contrato de trabajo en base a los errores cometidos por el trabajador, en el ejercicio de sus funciones; y la empresa que sufrió los daños y las pérdidas, debe probar que hubo violaciones del deber de lealtad o de otras funciones, y cuáles fueron las consecuencias para la empresa de estas violaciones<sup>165</sup>, y de esta forma, el deber de lealtad, y sobre todo el de no concurrencia y confidencialidad de los trabajadores dirigentes son debidos a la empresa, y las pérdidas resultante de las violaciones de estos deberes serán presumidas como pérdidas y daños para la empresa, o sea, la empresa se convierte en el polo activo de la acción procesal contra los administradores, que quedan en el polo pasivo de la acción.<sup>166</sup>

Actualmente, se considera implícito en el análisis teórico y legislativo de este estudio, que la lealtad absoluta no significa vasallaje, es decir, la vida individual y la vida de trabajo sólo se cruzan ante la medida estricta de la relación laboral<sup>167</sup>. La doctrina laboral es concluyente y se expresa de la siguiente forma: *“donde falta la lealtad y la buena fe debidas hay un incumplimiento y no hay habrá un ejercicio de un derecho, ni fundamental ni ordinario, y no podrá haber una protección, sino una sanción”, considerando que en estos casos, situación que por cierto es común a los dos países en análisis -, por el ejercicio abusivo y la mala fe<sup>168</sup>, así como se describe que el deber de la lealtad se debe reconocer en una dimensión restringida y amplia, es amplia, en cuanto al “deber orientador de conducta no es más que la concreción laboral del principio de la buena fe”.*<sup>169</sup>

En términos generales, el deber de lealtad de los profesionales que ejercen altas posiciones en la administración o dirección, significa que van a promover los intereses de la empresa y que al mismo tiempo, se abstendrán de perjudicarla; la promoción de los intereses de la sociedad constituye un aspecto positivo del deber y, por otra parte, existe un aspecto negativo: la obligación de abstenerse de perjudicar a la empresa; los aspectos positivos y negativos conforman el criterio material del deber de lealtad.<sup>170</sup>

<sup>165</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 50-54.

<sup>166</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 50-52.

<sup>167</sup> La jurisprudencia constitucional ha hecho referencia a este rasgo de la buena fe en un conocido pasaje jurisprudencial: *“no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional”* (STC 120/1983).

<sup>168</sup> MONTOYA, A.: cit. (n. 18), pág. 83.

<sup>169</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 357.

<sup>170</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 15-19.

Para asegurar el cumplimiento del deber material de las partes<sup>171</sup>, debe de aplicarse el criterio formal. Esto exige que la participación de los directores en los asuntos comerciales, que no sean del interés de la empresa, debe de estar sujeta a un criterio de “*aspecto formal-material*”.<sup>172</sup>

El aspecto formal consiste en situaciones potenciales o reales de conflictos de intereses que son objeto de la información al órgano de fiscalización. La persona implicada debe ser liberada, a partir del proceso de decisión. El aspecto material significa que la transacción entre la empresa y director se debe concluir en condiciones de mercado.<sup>173</sup>

A pesar de ser una cuestión debatible, se alega que los trabajadores dirigentes también tendrán en cuenta los intereses públicos y deben de tener un comportamiento socialmente responsable con la comunidad, sin embargo, lo cual no se puede considerar como obligación que le incumba en el ámbito del deber de lealtad.<sup>174</sup>

Es importante para la supervivencia organizacional y el bienestar de los trabajadores, mantener elevados niveles de competitividad organizacional. Los cambios rápidos en la demanda de tareas y de redefiniciones de papeles debidos a la concurrencia global y al uso de la tecnología de la información significan que los controles tradicionales no son los más eficientes.<sup>175</sup>

Entre los determinados factores que influyen en la vida de una empresa, está la lealtad en el trabajo<sup>176</sup>, que ha llamado mucho la atención, debido a la expectativa de que los trabajadores leales actuarán en el mejor interés de una organización, y el segundo factor, no menos importante que la lealtad, es el compromiso del trabajador.<sup>177</sup>

Cierta investigación ha incidido en los antecedentes y las consecuencias de este compromiso y lealtad<sup>178</sup>, pero lo que interesa en la relación laboral es la existencia de una libertad de acción, actuando en el interés de las partes, pues si así no sucede, podrá haber

<sup>171</sup> Dever material das partes representa o zelo pela lealdade contratual. Ver: STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 33-35.

<sup>172</sup> Aspecto formal-material - acto processual que resolve o litígio material autónomo, extinguindo ou não o processo. Consulte: FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 90.

<sup>173</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, págs. 90-94.

<sup>174</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 50-51.

<sup>175</sup> ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance managment*, 3ª Ed., Kogan page, London, 2006, págs. 34-38.

<sup>176</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56 e

FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>177</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56 e

FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>178</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56 e FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.



conflictos, teniendo siempre en consideración que la subordinación jurídica está relacionada con la dependencia, al ser posible al empleador dar órdenes al trabajador en el ambiente y cuestiones del trabajo, y estas órdenes se relacionan con el lugar, tiempo y modo de producción, según los criterios estipulados.<sup>179</sup>

Sin embargo, el deber de lealtad está implícito no sólo en los profesionales que ejercen altas posiciones, aunque en nuestra opinión, son los que asumen un grado de lealtad más elevado, pues se reconoce que a través del vínculo adquieren conocimientos de “*elevado valor apetecible para la concurrencia*”, y por lo tanto el deber de no concurrencia y el deber de sigilo adquieren por el grado de confianza que el empleador deposita en ellos, un deber de lealtad más acentuado.

Los intereses de la estructura organizacional deben sobreponerse a los intereses personales del cargo directivo, y el deber de lealtad consiste en el respeto de este orden de valores, porque habrá lealtad para con la empresa que se dirige cuando, en la hipótesis de conflicto de intereses, se decide en favor del interés de la sociedad, dándosele prevalencia a la atención de ese interés ante eventuales intereses personales.

El trabajador que ocupa posición de dirigente tiene, por lo tanto, prohibido el uso de las oportunidades que aparezcan por el hecho de tener poder de dirección, teniendo que, para ser leal con la empresa, sobreponer el interés de ésta a su propio interés, lo que prohíbe, bajo pena de ilegalidad, realizar negocios para su provecho o para el provecho de otro, cuando la oportunidad que surgió debería ser prioritariamente usada a favor de la empresa; y si se trata de una oportunidad deberá actuar en función de los intereses de la sociedad y no en función de su interés particular.

La vida de las personas se desarrolla, primordialmente, en el ejercicio profesional que, la mayor parte de las veces, se da en la empresa, y es en la empresa donde las personas se forman, se realizan, se relacionan, bien se trabaje como empleado o como dirigente. Es el medio en el que los valores positivos deben ser cotidianamente respetados, usando la honestidad y la lealtad como un vector definitivo del actuar concreto y no como si fuera un ideal de comportamiento distante y abstracto.

Sólo el ambiente desvirtuado de la empresa en el siglo XXI puede ser un obstáculo a la apreciación de la lealtad.

En el caso concreto de los empleados domésticos, hay que considerar que ejercen una función en la que se da un profundo conocimiento de la vida familiar del empleador, y en el

---

<sup>179</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 24ª Ed., 2006, pág. 59.

que tendrán que darse una alta confianza y lealtad, esenciales para consolidar la seguridad, el bienestar, el sigilo, la comodidad y las propias necesidades mutuas.

La quiebra de confianza induce en el empleador a considerar la existencia de una quiebra culpable que presupone la violación de deberes contractuales específicos<sup>180</sup>, y esto ocurre cuando impera la deslealtad del trabajador, en una llamada perfecta a la consideración de lo que se acordó en el contrato de trabajo.

El carácter peculiar de estas relaciones que se asumen en el hogar del empleador y que justifican una confianza mutua, otorga determinados derechos al empleador a través de las legislaciones especiales, tanto en Portugal<sup>181</sup> como en España<sup>182</sup>, y que están en parte prohibidas en otros regímenes especiales de contrato de trabajo.

El ambiente familiar está integrado por personas que por razones obvias coexisten y se comunican recíprocamente por razones familiares, de amistad o por otra causa, y es en este espacio donde prolifera un intercambio de ideas, de emociones y de pensamientos, y en los que se destacan y proyectan los derechos de intimidad, que permite la convivencia de una persona extraña, que por razones contractuales invade la privacidad de las relaciones personales del hogar familiar.<sup>183</sup>

Esta relación laboral especial presenta una serie de características que se vuelven singulares y que se distinguen de la relación laboral común y de otras relaciones laborales especiales, donde impera, en el ámbito de la prestación, un nexo de confianza mutua y de flexibilidad que se conceden recíprocamente<sup>184</sup>, y es a partir de aquí, que esta regulación específica se justifica, aunque la obligatoriedad expuesta por el CTP y ETE pueda ser suficiente para caracterizar esta especificidad.

Es relevante también asignar que, en caso de despido con justa causa, o en situaciones de denuncia contractual por el empleador, mantiene el derecho a la residencia entre las 5pm y las 8am del día siguiente, a no ser que la extinción del contrato de trabajo haya sido motivada por una falta muy grave de los deberes de confianza o de la lealtad.

---

<sup>180</sup> Cfr. o acórdão do STJ de 22/01/1997, *CJ*, 1997, I, 150: "(...) Sendo o contrato de trabalho celebrado com base numa recíproca confiança entre empregador e trabalhador, devem as suas relações obedecer aos ditames da boa fé e desenvolver-se nessa relação de confiança, a qual uma vez quebrada pode constituir justa causa de despedimento".

<sup>181</sup> Regime jurídico estipulado pelo DL 235/92.

<sup>182</sup> Regime jurídico estipulado pelo RD 1620/2011.

<sup>183</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: *La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar*, AL, Tomo I, 1986, pág. 3, acentuando este autor que nesta união familiar imperam diversas razões, entre elas as de convívio.

<sup>184</sup> Veja-se a exposição dos motivos elencados no RD 1424/1985.

La función que el trabajador ocupa en la empresa debe estar investida de confianza, y ante la divulgación de los secretos profesionales, se da una situación en la que debe pautar la relación laboral. En el caso de los representantes comerciales, por el hecho de que poseen una “*cierta libertad*” inherente a la función que desempeñan, la existencia de un horario flexible<sup>185</sup>, en la mayoría de los casos -, presupone un grado de confianza por parte del empleador en el desempeño de su actividad; sin embargo, un trabajador que tenga un comportamiento privado reprobable, aunque sea lícito, no podrá, por principio, ser despedido debido a este comportamiento, pero sí puede darse si, de ese comportamiento se deduce el peligro de una disminución de su aptitud para el trabajo, en paradigmas de comprometer gravemente su prestación, o si tal comportamiento quiebra el eslabón de lealtad y de confianza entre las partes en que se asienta el contrato.<sup>186</sup>

El representante comercial debe cumplir las instrucciones transmitidas por el responsable dado que no dependan de su autonomía, así como transmitir las informaciones pertinentes sobre la solvencia de los clientes, con una total y absoluta lealtad para con el empleador, así como la obligación de reserva en lo que respecta a los “*secretos*” de los que tuvo conocimiento en el ejercicio de su actividad como representante.

Verificamos que el legislador portugués no ha considerado una forma de relación laboral especial<sup>187</sup>, sin embargo, en la relación contractual está previsto que la buena fe, es el núcleo obligatorio de esta relación, como lo son, accesoriamente, los deberes de lealtad y de diligencia que caracterizan esta función.

El legislador español, en la senda de la Directiva 86/653/CEE, a través del RD 1438/1985, describe al representante comercial como el profesional que realiza su actividad según las instrucciones del empleador, dado que las practica fuera del ámbito organizativo y sin la sumisión al cumplimiento de un horario definido, teniendo así que presumir una relación laboral especial, es decir, el representante comercial es un profesional que se puede

<sup>185</sup> A doutrina espanhola profere uma crítica com relação ao horário dos altos dirigentes prevista no artigo 7 do citado RD, afirmando que o RD permite que a jornada de trabalho seja fixada pelo contrato de trabalho, contudo, denotam que o contrato não pode determinar prestações para o trabalhador que excedam aquelas que sejam usuais no âmbito profissional em causa, pois tal limitação com relação ao que é usual é de difícil aplicabilidade prática. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 544. Com o devido respeito, mas comungamos de outra opinião, pois a mesma trata da dificuldade de limitação exposta pela relação ao tipo de trabalho realizado pelo trabalhador dirigente, contudo o que o artigo quer dizer, e de facto é a nossa opinião, é que o trabalhador deve ter as suas atribuições usuais da relação de trabalho, não podendo estas ser extrapoladas tendo em vista uma horário de trabalho diferenciado.

<sup>186</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 901.

<sup>187</sup> O CTP não faz qualquer alusão a este regime, sendo todavia regulado pela lei comercial e pelo DL 178/86.

comprometer con uno o más empleadores, a cambio de una retribución, promover o concretizar operaciones comerciales por cuenta propia, sin responsabilidad de los riesgos que de ello pueden resultar.

La relación laboral de un representante de comercio goza de los mismos privilegios en términos de derechos y obligaciones que puedan derivarse de una relación laboral de carácter general, teniendo que satisfacer algunas obligaciones, entre las cuales, desarrollar su actividad de forma correcta, evitando cualquier actitud que pueda evidenciar concurrencia desleal, como se explica en el párrafo b), del artículo 9, o que pueda perjudicar el prestigio del empleador, y también, entre otros, tiene el deber de honestidad y de urbanidad en la entrega de las cantidades resultantes de la transacción efectuada, es decir, que el deber de buena fe subsiste en este tipo de relación.

El representante comercial, al tener una relación laboral especial, ve atenuado el elemento de dependencia ante el empleador, porque al realizar su actividad fuera del local de la empresa, ve imposible un control de la misma actividad por el empleador. Esto valora más substancialmente la diligencia debida y la confianza mutua.

Hay que reconocer, en el ámbito del contrato de trabajo de los deportistas profesionales, que el principio general de la irrelevancia de los hechos de la vida privada del trabajador para efectos de trabajo experimenta mutaciones cuando hay circunstancias especiales, relacionadas con el tipo de funciones realizadas por el trabajador o con la naturaleza particular de los intereses del empleador, que puedan hacer que tales hechos adquieran mayor importancia disciplinar, por influir negativamente sobre la expectativa de correcto cumplimiento de la prestación laboral.

Sin embargo, en ciertos casos excepcionales *“en las relaciones caracterizadas por una estructura particular o por vínculo fiduciario, en las cuales la vida privada del trabajador puede tener influencia en la prestación”*<sup>188</sup>, es lícita la imposición al trabajador de un estándar de conducta en su vida privada ajustada a los intereses del empleador o de la entidad, decayendo sobre él el deber de abstenerse de los comportamientos que dañan los intereses que sean dignos de tutela, que se deducen de las reglas habituales, integrantes de los deberes de colaboración, y de un comportamiento leal, que configura el cumplimiento adecuado del contrato.

---

<sup>188</sup> GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 267; e neste contexto tenhamos em consideração, para além dos desportistas profissionais, os os trabalhadores que exerçam altos cargos de direcção, os responsáveis de vigilância, entre outros.

Es decisivo que en la apreciación de cada caso en concreto, la gravedad de la conducta del trabajador no deje de tener influencia decisiva en la mayor o menor confianza y responsabilidad que la entidad empleadora pueda razonablemente exigir en virtud del tipo de funciones que está obligado a desempeñar<sup>189</sup>, porque los deberes de lealtad y de colaboración, en general de carácter objetivo, siguen siéndolo exclusivamente en el ámbito contractual y no en el de la lealtad o fidelidad personales.

Rechazamos, en gran medida, la posición de los que defienden la existencia de los trabajadores vocacionales fuera del ámbito de sus mismas organizaciones o instituciones, como sería el caso de los deportistas profesionales o los trabajadores que ocupan las “*altas posiciones de confianza*”, puesto que aceptarlo implicaría confundir, con la pérdida total de la virtualidad limitadora la noción de organización, la libertad ideológica en su vertiente colectiva (única justificación de la limitación de los derechos, de las libertades y de las garantías del trabajador, por tener la misma relevancia constitucional) con el interés de la empresa.

En lo que respeta a los deberes de la entidad empleadora, y con respecto al contrato de trabajo de artistas en espectáculos públicos, en la ley portuguesa se consagran algunos deberes generales, y esto, que significa que cualquier empleador estará adscrito a tales obligaciones, sin embargo, consagra, y a nuestro ver muy bien, algunos deberes específicos de la actividad artística en cuestión, como por ejemplo: respetar y tratar a los trabajadores con respecto, evitando comentarios que pueden herir la dignidad humana del *artista* y del profesional<sup>190</sup>, así como proporcionar un buen ambiente de trabajo, particularmente en lo que concierne a la higiene y salud laboral.

---

<sup>189</sup> Cfr. e a título de exemplo, o acórdão do TRP, de 16 de Dezembro de 1985, *CJ*, 1985, tomo V, pág. 212, do caixa de um supermercado condenado por furto a um supermercado ou do professor de um colégio de raparigas condenado por violação, representando o sector bancário o campo de eleição da jurisprudência nesta matéria. Na jurisprudência portuguesa, cfr. ainda o acórdão do STJ, de 23 de Fevereiro de 1990, cujo ponto IV do respectivo sumário se transcreve: “IV. O comportamento do trabalhador integrará ‘justa causa’ de despedimento quando se mostre que, pela sua gravidade e consequências e, designadamente, pela quebra da necessária confiança, apreciada à luz das funções desempenhadas pelo mesmo trabalhador, comprometa definitivamente a subsistência da relação de trabalho.”, o (já referido) acórdão do mesmo Supremo Tribunal, de 30 de Março de 1990, podendo ler-se no ponto VII do respectivo sumário: “A gravidade dessa ofensa deve ser apreciada à luz das funções do trabalhador, devendo considerar-se tanto mais intensa quanto mais elevados forem, quer a posição do trabalhador no quadro funcional da empresa, quer as tarefas que lhe estejam cometidas, quer o grau de confiança, por parte da entidade patronal.” e, por fim, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de Março, de 1994 que considerou justificado o despedimento por “a conduta do recorrente, chefe de estação dos CTT, integrar um comportamento grave, por fraudulento e prejudicial para o Estado, integrador de actos criminalmente puníveis, praticado por um funcionário em posição de chefia, violador dos elementares deveres de lealdade, honestidade e confiança que aquele cargo implica em maior grau”.

<sup>190</sup> ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 68-69.

Sin embargo, el artista está obligado a realizar la actividad artística para la cual lo contrataron, en las fechas indicadas, con la diligencia específica que corresponda a su aptitud profesional y artística, y si por una parte, la prestación del artista no sólo depende de su esfuerzo y trabajo, sino también del sentimiento y de la vocación artística, por otro, su trabajo tendrá que ser conciliado con las órdenes específicas del empresario en la organización del espectáculo.

Así, la diligencia del artista no se puede medir por criterios objetivos, por estar condicionada a aspectos de carácter subjetivo, dado que su prestación puede estar influida por “*agentes externos*”.

Hay también que realzar que el artista, así como cualquier otro trabajador, está sometido al deber de no concurrencia con la actividad del empresario, en los términos del párrafo d), del artículo 5 del ETE, no pudiendo el artista desarrollar la actividad, sea por su propia cuenta o por cuenta ajena, sin la aprobación del empresario, puesto que el pacto de exclusividad “*excluye la concurrencia lícita*”.<sup>191</sup>

En Portugal, esta tipología contractual además de la legislación específica que la sustenta, y tal como por cierto es en España, nos permite observar que de una manera general los deberes de las partes son genéricos, y están consolidados por la legislación ordinaria, y por la jurisprudencia, y en lo que se relaciona con el deber de lealtad, en el que existe un acervo consuetudinario que evalúa el comportamiento de las partes, y que conduce al mantenimiento o a la desvinculación contractual.

El abogado sometido a un contrato de trabajo, no se encuentra sometido a las órdenes y a la subordinación del empleador en los moldes usualmente admitidos, porque, de acuerdo a las normas deontológicas ibéricas, la relación de trabajo en calidad de abogado, no excluye la exención técnica ni reduce la independencia profesional inherente a la abogacía.

De esta forma, como no se somete a la obligación de prestar servicios de interés personal de su empleador, le corresponde celar por su libertad e independencia, ampliando de esta manera, la garantía de actuación y de exención que debe preservarse, y que por las particularidades de la profesión, que lo someten a normas, el poder directivo del empleador no puede ser ejercido con la misma libertad aplicada a los trabajadores comunes

En el ejercicio de las funciones que el abogado desempeña, al estar legitimado por el contrato de trabajo, su actuación está enmarcada por un conjunto de deberes ético-

---

<sup>191</sup> ALZAGA RUIZ, I.: *La Relación Laboral de los Artistas*, CES, 2001, pág. 233.

profesionales que imperan sobre las características del contrato de trabajo y que lo conforman, dado que al abogado se le exige un patrón de diligencia y lealtad compatibles con la profesión que ejerce.

Estas obligaciones son la concreción del deber de independencia y exención, de forma que aseguren que el abogado no es perturbado por otros intereses que no sean los del propio cliente, y por otro parte, no se comprendería como podría el abogado asegurar la defensa de intereses contradictorios en igualdad de circunstancias y con igual ventaja.

¿Cómo podría el ciudadano confiar una cuestión a los cuidados de un abogado si pensara que sus intereses serían descuidados en favor de otro cliente de la entidad empleadora? ¿O que sus intereses deberían ser preteridos a favor de otro cliente del empleador? Es el principio de confianza el que realza la base de la relación abogado-cliente, del que nace un deber de lealtad que también es salvaguardado por la normativa.

El abogado, en el ejercicio de la profesión, mantiene siempre en cualquier circunstancia su independencia, actuando libre de cualquier presión, especialmente la que resulte de sus propios intereses o de influencias exteriores, absteniéndose de descuidar la deontología profesional con el fin de satisfacer a la entidad empleadora, y tales profesionales se obligan a defender los derechos, las libertades y las garantías, y a esforzarse por la buena aplicación de las leyes, por la rápida administración de la justicia y por el perfeccionamiento de la cultura e instituciones jurídicas.

El abogado está obligado a guardar el secreto profesional en lo que respecta a todos los hechos cuyo conocimiento provenga del ejercicio de sus funciones, ya que la obligación del secreto profesional existe, bien porque el servicio solicitado o cometido al abogado envuelva o no representación judicial o extrajudicial, o sea porque deba o no ser remunerado; que el abogado haya o no aceptado a aceptar y a desempeñar la representación o servicio, y lo mismo le pasa a todos los abogados que, directa o indirectamente, tengan cualquier intervención en el servicio, o sea, que *el abogado vinculado por contrato de trabajo no puede tener doblez, con deontologías diferentes, antes debe oponerse tenazmente a la aparente “ventaja” que de ahí proviene, ya que, de hecho, no sería más que una “capitis diminutio” a su integridad profesional. Pues es cierto que su relación laboral, no puede afectar a su plena exención e independencia técnica ante la entidad empleadora, ni violar los Estatutos a que está*

*vinculado, pues no tiene el derecho ni se le puede exigir que tenga el deber de tener un régimen diferente en materia tan transcendente como la del secreto profesional.*<sup>192</sup>

Por lo tanto, la regla es que todos los abogados tienen la obligación de guardar secreto profesional en lo tocante a todos los hechos cuyo conocimiento provenga del ejercicio de sus funciones, que se insertan en el ámbito de una prestación de servicios o en el ámbito de una prestación laboral; sin embargo, sin que puedan desvirtuar el carácter de lealtad que los mantiene a través del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo de los profesionales de la información, en virtud del estatuto particular del cual son el objetivo, configura la aceptación por parte de la entidad empleadora, el que una parte sustancial de estos trabajadores gocen de condiciones especiales de autonomía, lo que condiciona los deberes de lealtad y de obediencia superiores típicos del resto, en cualquier estructura empresarial, es decir, a una lealtad y a una obediencia superiores, y no sólo a la sociedad, con la cual se comprometen por la supuesta veracidad que transmiten, y de la que deben dar cuenta, a través de un medio que no es de su propiedad.

El profesional de la información, además de la responsabilidad que asume con la entidad empleadora, con la cual se encuentra vinculado a través de un contrato de trabajo, está sobre todo obligado a regirse por normas propias de su actividad profesional, traducidas frecuentemente por códigos de conducta o códigos deontológicos, que van más allá de la propia jurisdicción laboral, sea en el CTP, sea en el ETE, sin embargo lo que teóricamente parece bastante claro en el plano jurídico, no siempre lo es en el práctico.

Es común, por la contemporaneidad de la actividad informativa, que el conflicto entre lo intelectual y lo laboral sea un vehículo de análisis entre partes que reduzca la confianza, sea porque la entidad empleadora pretende consolidar la fidelidad de sus colegas, sea por la libertad intelectual de los trabajadores, acabando éstos por tener que servir a dos entidades, un público y una entidad empleadora, y de la que tengan que asumir una denominada “*doble personalidad*”, que no es más que una “*doble lealtad*”, es decir, ante la entidad empleadora a la cual está vinculado por un contrato de trabajo, con las vicisitudes inherentes a él, y ante el público, como un todo, en el que existe una obligación de derecho a la información, a la participación consciente y al derecho de libertad de expresión.

Es decir, el trabajador de la información se ve dividido por esa doble “*ambigüedad esencial*”<sup>193</sup>, la de ser, al mismo tiempo, “*empleado de la humanidad*” y “*empleado de una*

---

<sup>192</sup> LOPES CARDOSO, A.: *Do Segredo Profissional da Advocacia*, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados Portugueses, pag. 45, sitio da OA, [www.oa.pt](http://www.oa.pt), acesso em 25/05/2013.



*industria*”<sup>194</sup>, y debe de conocer entre cuál de esas lealtades debe elegir en caso de discordia o de entrar en conflicto.

La ambigüedad de una profesión marcada por las reglas de una profesión liberal, pero que se ejerce en el contexto de contrato de trabajo, convierte esta relación jurídica especial en una profesión en la que la prestación se torna complicada en su cumplimiento de forma imparcial, abnegada y direccionada hacia una sociedad libre, que está por encima de cualquier bien privado.

La relación laboral de los profesores de la religión en centros públicos de educación presenta algunos requisitos conectados a los principios de igualdad, mérito y lealtad, y ha sido común al TEDH pronunciarse sobre la discriminación que estos profesionales han sufrido, que por cierto abordaremos con una cierta profundidad en el Capítulo IV.

A las autoridades religiosas corresponde una amplitud significativa sobre la calificación de “*religioso*”, es decir, cuando están afectadas por un desvío ideológico o de creencia, aunque solamente por la práctica de un trabajador que ejerza la función de profesor y ese desvío sea contrario a los principios que profesa, se hace relevante la decisión que se ha determinado constituir una vulneración de Ley fundamental.

Se constata que los conflictos entre los derechos fundamentales de las autoridades religiosas y los derechos fundamentales de los profesores de religión, que incidan en la vida privada de éstos, por ejemplo, es considerada una violación del deber de lealtad que lo vincula por el contrato de trabajo, aunque la idoneidad se mantenga íntegra.

Los empleados públicos conceptualizan criterios de actuación que deben ser pautados de forma exenta y con rectitud en relación a los particulares, sin favorecer a amigos ni dañando a los enemigos, así como es elemental que estén inhabilitados de intervenir en actos o cuestiones de su interés privado, para evitar sospechas de favoritismo, o sea, estos trabajadores deben proceder en su actuación profesional con independencia en relación a los intereses y presiones externas en lo tocante a los administrados.

Sin embargo, el deber de lealtad se cifra en el deber del trabajador de desempeñar sus funciones en subordinación a los objetivos del servicio al que está adscrito y en la prosecución del interés público, manteniéndose intrínsecamente conectado al deber de confidencialidad, del cual resulta el guardar secreto profesional en relación a los hechos de los

---

<sup>193</sup> GARCIA, J. L.: *Os jornalistas portugueses enquanto actores do espaço público mediatizado – Legitimidade, poder e interpermutação*, Comunicação e Linguagens, 1995, nº 21/22, págs. 365-382.

<sup>194</sup> *Ibidem*, págs. 365-382.

que tenga conocimiento en virtud del ejercicio de sus funciones, y que sean inaccesibles a los administrados.

Del mismo modo, en los preceptos que intentamos abarcar de los países estudiados, existen sin duda, basándonos en la doctrina prevalente y en la lectura jurisprudencial, fundamentos suficientes para la responsabilidad laboral sobrevenida y también jurídico-penal de los delitos contra la Administración Pública (AP) cometidos por los trabajadores, y que radica en la infracción del deber de lealtad; y al no estar en causa los derechos fundamentales del ciudadano, hay sin embargo, restricciones a los trabajadores cuando haya procedimientos desleales, porque a pesar de que el deber de lealtad no sea un criterio o elemento normativo del Derecho Penal, tiene un valor axiológico propio de la ética porque ese delito determina la confianza que la Administración Pública le depositó.

Muchos otros deberes generales se apoyan en las propias Constituciones, porque éstas consolidan la previsión y garantías de los ciudadanos y administrados, y al estar la AP compuesta por personas, a sus trabajadores, se imponen deberes para la garantía cabal de aquellos derechos; así como que las propias normas por las que se regulan, vinculan la AP a principios generales de legalidad, imparcialidad, prosecución del interés público, colaboración, eficiencia, decisión y lealtad, no sólo con los administrados, sino también con los colegas, y aunque no estén tipificados en la ley, a los empleados públicos se les exige que actúen en el sentido de crear la confianza suficiente de imparcialidad, que consistirá en una actuación con celo, sigilo, corrección y lealtad.

### ***8. Garantías e instrumentos de los requisitos del deber de la lealtad***

Actualmente, la naturaleza de la lealtad es cuestión debatida, porque los fuertes sentimientos y la dedicación, frecuentemente asociada entre la fidelidad y lealtad provocó que algunos afirmaran que la fidelidad es sólo o principalmente una sensación o sentimiento que resulta de una estrecha relación afectiva que se puede expresar en hechos, aunque más como un epifenómeno que como su núcleo, y no es más que un “*instinto de sociabilidad*”. Sin embargo, los sentimientos de fidelidad no son constitutivos de lealtad, aunque sea raro encontrar lealtad del que se es afecto.<sup>195</sup>

La prueba para saber si se es o no leal está en la conducta en detrimento de la intensidad del sentimiento: los hechos de la persona leal son el compromiso continuo con el

---

<sup>195</sup> STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 41-48.

objeto de la lealtad, y es posible que sea desfavorable o costoso con la persona con quien ha firmado el compromiso.<sup>196</sup>

El resultado de la eficacia del contrato de trabajo se verifica a través de los comportamientos de los trabajadores, no obstante la eficacia verdadera, resulta alterada por las reglas que a pesar de que ambas partes conozcan, se incumplen y consolidan las rupturas, pero y también, y sobre todo, porque el deber de lealtad esta en la orden del día, y es nuestro convencimiento que se debe acentuar mucho más la conexión del empleador y trabajador, justificando las motivaciones, con la deslealtad

Es necesario reestructurar los hechos que fundamentan el comportamiento culpable del trabajador y consecuentemente la violación del deber de lealtad, y que determinan la justa causa del “*comportamiento culpable del trabajador*”, ante una situación determinada, de la que resulta una situación de “*imposibilidad de subsistencia de la relación de trabajo*”.

Ese requisito se debe entender en el sentido de no ser exigible al empleador el mantenimiento de esa relación de trabajo y no debe ser considerado como imposibilidad objetiva<sup>197</sup>; y ello ante el comportamiento culpable del trabajador, que impone una ponderación de intereses, y es por tanto preciso que objetivamente no sea razonable exigir del empleador la permanencia de la relación contractual.

Asimismo, la Constitución y la legislación laboral, disponen la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y la nulidad de aquellas cláusulas contractuales que sean contrarias a los preceptos legales dispuestos en materia laboral.

En la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, principio que es acogido con especiales restricciones en materia laboral, la interacción: “(… ) *entre la autonomía de los sujetos y la normativa laboral no se produce de cualquier manera: el ordenamiento proporciona determinadas reglas o criterios en los que, por una parte, se garantiza el respeto a la libertad de los sujetos en la determinación del contenido de su relación y, por otra, se asegura el respeto a ciertos contenidos de las normas laborales, con especial atención a los intereses del trabajador, que podrían ser olvidados como consecuencia del desequilibrio de fuerzas*”.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 38-44.

<sup>197</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 559 e ss. E específicamente sobre a recondução do requisito da impossibilidade à ideia de inexigibilidade, na jurisprudência, acórdão STJ de 22/02/1995, *CJ*, 1995, I, 279, e acórdão. RE de 15/02/2005, *CJ*, 2005, I, 273.

<sup>198</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pág. 493.

Las partes del contrato de trabajo podrían modificar ciertas condiciones en beneficio del trabajador, siempre ante los mínimos fijados por la ley, o bien, incorporar aspectos no contemplados en la legislación laboral, pero siempre respetando los derechos fundamentales que pudieren resultar afectados.

Dentro de estas garantías, se encuentra evidentemente la libertad de trabajo que, – como veremos –, incluye la protección al desempeño por parte de una persona de dos o más labores lícitas simultáneamente, y este fenómeno, conocido como pluriempleo, podría verse limitado por ciertas disposiciones legales o por acuerdos entre las partes, cuya legitimidad y alcances es preciso delimitar.

La garantía constitucional de la libertad de trabajo se refleja a nivel de legislación ibérica, y que reconoce la libertad de las personas para contratar y dedicarse a una labor lícita.

Tanto la libertad de trabajo como la libertad de elección de empresa por el trabajador se encuentran amparadas Constitucionalmente y en la legislación, y prohíbe el ejercicio de facultades empresariales, cuando con ello se afecte el núcleo esencial de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y que asisten al trabajador, ya que por su condición de trabajador no pierde la de ciudadano y, en consecuencia, le resultan plenamente aplicables las garantías que reconoce la CRP y la CE.

De este modo es que el Derecho del Trabajo tutela al ciudadano como digno de garantías, en el resguardo de la parte más frágil de la relación jurídico-laboral, ajustando la autonomía individual con límites máximos y mínimos dados por normas y principios laborales que existen en el ordenamiento jurídico.

Si bien alguna doctrina no encuentra diferencias entre la buena fe y la lealtad y tratan estas nociones como equivalentes, optamos por considerar la lealtad como un concepto ligado a los llamados “*deberes secundarios de conducta*” como el deber de información, de confidencialidad, de secreto, de consejo que deben obedecer las partes, aunque no se hayan estipulado expresamente en el contrato.

El deber de lealtad podrá frenar la quiebra improcedente de las negociaciones, o el uso abusivo de la información que se ha compartido, así como evitar que se termine de forma injusta un contrato de trabajo, y como tal, se busca de esta manera, evitar las conductas excesivas y en general los actos que dificulten voluntariamente la carga contractual del otro.

Aunque el deber de lealtad es necesario en todos los contratos, en el contrato de trabajo y por su naturaleza, exige especial atención, porque la información otorgada es fundamental para su realización, y se presume que la relación a largo plazo hace indispensable la mutua

confianza. Por otro lado, en el Derecho de Trabajo, a través de la reciprocidad de la lealtad del empleador y trabajador, la buena fe despliega una función integradora de la obligación en aquellos aspectos relativos a los conflictos de intereses.

El incumplimiento de la obligación de guardar sigilo profesional, hacer concurrence desleal, por ejemplo, producen bajo una misma conducta el quebranto, no solo del deber de buena fe, sino al deber de obediencia, de diligencia, de lealtad, entre otros, todo con lo cual y de conformidad con lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia, procede, en la mayoría de los casos, como una causa de despido.

La lealtad no sólo impone a los contratantes deberes negativos de abstenerse, en sus tratos previos al contrato, de conducta culposa o fraudulenta, sino también de deberes positivos de cooperación, lealtad y de diligencia recíproca. La obligación contractual de dar información y la obligación de informarse forman parte de esos deberes positivos y que dan contenido a la noción de buena fe objetiva en fase precontractual y durante la “vida” del contrato, pero, y también, la ruptura de las negociaciones debe enmarcarse en el contexto de los deberes positivos y negativos que presiden el deber de conducirse de buena fe en el ejercicio del derecho a la libertad contractual. La violación de estos deberes conlleva la obligación de indemnizar el daño ocasionado, y se considera que dicha indemnización nunca podrá comprender el interés contractual positivo, estando limitado al llamado interés contractual negativo.

Una situación más comprometida es la que se produce cuando el empleador alega, como causa de despido, el incumplimiento grave por parte del trabajador, pues en este tipo de despidos disciplinarios se consideran “*incumplimientos contractuales*”, como sean las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, la violación del deber de lealtad, la obediencia; sendo que otras faltas de esta naturaleza son las ofensas verbales o físicas al empleador, o a las personas que trabajan en la empresa, o a familiares que convivan con ellos; la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado y la embriaguez habitual o toxicomanía que si repercuta negativamente en el trabajo.

Como efecto, se perspectiva en el comportamiento de las partes una actitud de colaboración, de ayuda mutua, independientemente de lo aislados que puedan estar sus intereses, rechaza las actitudes contradictorias que puedan tener las partes, por estar

precisamente basado en principios como la buena fe, lealtad y coherencia contractual, entre otros.

Tanto el ETE así como el CTP recogen una lista de infracciones laborales, que cuando un trabajador las comete, el empleador puede despedirlo, y esas infracciones (entretanto referidas) tienen una complementariedad en el CTP en cuanto corolario la buena fe contractual, pero hace “*hinca fe*” en la violación del deber de lealtad, en una actitud normativa de violación, a saber, de concurrencia desleal y deber de secreto.

La coercibilidad existente y a la cual el trabajador está sujeto por el poder de dirección del empleador, puede fijarse de dos maneras: llevando a los tribunales la aplicación de las sanciones adecuadas, o lo que la legislación laboral<sup>199</sup> define; donde se le confiere al empleador el poder de aplicar la sanción que él mismo considere adecuada, correspondiéndole al trabajador la facultad de recurso al tribunal, que requiere la anulación de la sanción aplicada, y la particularidad de que el empleador dispone, porque estamos ante relaciones particulares, le permite por vía punitiva y no meramente compensatoria o indemnizatoria ante el hecho de una conducta desleal del trabajador.

Es obvio que la imagen de la empresa también puede verse perjudicada cuando el trabajador realiza alguna actividad esencial y/o constituye parte fundamental en la elaboración de su propia imagen pública y tanto es así, que la actitud desmedida de un cirujano, de un deportista profesional, de un piloto de aviones, o de un trabajador con un cargo dirigente, puede, en alguna circunstancia, perjudicar la imagen del empleador y justificar una sanción por violación de la lealtad y confianza que les han sido dadas, y consecuentemente inferir una sanción disciplinar por conducta extralaboral.<sup>200</sup>

Es común que las acciones interpuestas por los trabajadores, y no es el caso de la violación del deber de lealtad por el empleador, sean refutadas por una desmotivación inherente a la incapacidad de lo que es contradictorio, o porque el empleador puede adoptar represalias y consecuentemente el trabajador se ve sujeto a acoso moral, o también, como es

---

<sup>199</sup> E numa perspectiva comparada verificamos que: 1) Em Itália, o artigo 2106 do *Codice Civile* determina a sujeição do trabalhador a sanções disciplinares, em caso de inobservância dos deveres laborais de diligência, obediência e lealdade; 2) Em França, nos seus artigos L. 122-6, L. 122-8 e L. 122-9 do *Code du Travail*, verificamos que a matéria disciplinar encontra-se em redor do conceito *faute grave du salarié*, que permite a resolução imediata do contrato de trabalho; 3) Em Espanha, o artigo 58 do *ETE* consagra um sistema gradativo de sanções disciplinares; Em Portugal preconiza o CTP através do artigo 328, que o trabalhador está sujeito ao poder disciplinar do empregador de forma gradativa, culminando com o despedimento com indemnização ou compensação.

<sup>200</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 249.

en el caso portugués, porque la morosidad y los costes judiciales, se hacen insostenibles para el requirente.

Sin embargo, cuando la violación del deber de lealtad es motivo de despido, la jurisprudencia ibérica acentúa con frecuencia ese propósito, porque la esencia del contrato de trabajo es constituida por las obligaciones fundamentales que asumen cada una de las partes que lo celebran.

Pero, tendrán los trabajadores y los empleadores argumentaciones válidas para hacer valer el deber de lealtad, ¿cuando la deslealtad sea impregnada de actos poco, o inconsistentes? Y se consistentes tendrán las partes garantías instrumentales de suceso?

Vejamos, la intención de incumplir el contrato de trabajo y la voluntad de causar daño con ese incumplimiento resulta difícil de probar, ya que la buena fe se presume y la mala hay que probarla. En tal caso sólo cabe demostrar la mala fe con conductas concretas cuya manifestación haga presumir una intención dañosa por parte de su autor.

La capacidad sancionadora o disciplinaria del empleador sobre la conducta del trabajador emana de la facultad de dirección que se le reconoce por asumir los compromisos de la actividad económica y los costos laborales. Dicha capacidad sancionadora lo permite para la terminación del contrato de trabajo cuando el trabajador trabaja de mala fe y es desleal en la relación de trabajo, lesionando en consecuencia la confianza del empleador sobre el él.

Sin embargo, como se ha mencionado, dicha obligación es recíproca, por lo cual también el trabajador puede invocar dicha mala fe por parte del empleador para una denuncia justificada.

Es reconocido en la legislación laboral portuguesa que la violación del deber de lealtad induce sanciones que pueden determinar hasta el despedimiento del trabajador, pero y por el hecho de esa lealtad estar envuelta en reciprocidad, el empleador no está inmune, a través de los tribunales, a una cesación del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador, y para tal basta enumerar lo plasmado en los artículos 126 y 127 del CTP; todavía, hay más dificultades que la cesación por iniciativa del empleador.

En las relaciones laborales colectivas, y predominantemente en los convenios colectivos se pueden fijar otras causas de motivo de despido disciplinario, aunque con las causas expuestas arriba, se pueden incluir toda la casuística, ya que la transgresión de la buena fe contractual puede englobar, prácticamente, a cualquier motivo.

Es importante referir que, con el propósito de favorecer y asegurar el ejercicio de las funciones de los representantes legales de los trabajadores ante posibles represalias del

empleador, tienen los representantes el derecho a expresar, colegiadamente si se trata del comité, sus opiniones sobre materias relativas a su función representativa, salvaguardados por la libertad de expresión prevista en la CRP y CE, y que permite que estos sujetos puedan emitir sus opiniones de forma individual.

Todavía, este derecho está limitado por los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como por el deber de sigilo de los representantes, previsto que está en el ETE y CTP.

También la libertad de publicación y distribución de informaciones de interés laboral o social es permitida, siempre que, de un lado, se comunique a la empresa y, de otro, no se perturbe el normal desenvolvimiento del trabajo, o sea, debe persistir una relación de lealtad y transparencia, también ante la empresa.

A empleador es prohibida la discriminación, por desempeño de funciones representativas, en materia de promoción económica o profesional.

Es causa de despido, tanto la transgresión de la buena fe contractual, como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, pues el trabajador sabe que debe una lealtad a la empresa por trabajar en ella, cuando viola esa lealtad con conocimiento de su conducta y con perjuicio económico, éstos hechos se convierten en motivo de despido.

Hay que entender que la facultad sancionadora del empleador debe usarse con equidad.

Cualquier trabajador puede ser sancionado por infracciones que implican infracciones graves a las obligaciones esenciales que el contrato de trabajo impone al trabajador, las que se refieren a las obligaciones de lealtad y buena fe entre las partes, como de la prestación adecuada de los servicios contratados. Cuando se incurre en alguna de las conductas sancionadas, la convivencia entre el trabajador y el empleador se hace imposible en atención a la gravedad de éstas.

Como derivación y en cumplimiento de la regla de lealtad subyacente, es decir, el buen comportamiento entre las partes, fundamentalmente para garantizar la debida defensa, el empleador debe expresar clara y concretamente las circunstancias y motivaciones de las medidas disciplinarias.

La expresión de suficiente claridad obliga a indicar con precisión las circunstancias de lugar, tiempo, modalidades y afectación de intereses que significa para el empleador la falta o contravención del dependiente, y en caso de existir reglas específicas, deberá agregarse el encuadramiento normativo, todavía, la impugnación de la medida disciplinaria es la instancia esencial del derecho defensa que el trabajador puede ejercer.



El deber de lealtad es transversal en las relaciones laborales ya que retoma, y hoy en día con mucho mas empeño y pertinencia, la innata cuestión de la ética, el respeto y la honestidad en los comportamientos mutuos, especialmente jurídico-laborales, pero y sin embargo, el punto que se quiere resaltar es que así como un magistrado o el órgano judicial debe sujetarse a reglas legales y éticas para que su producción jurídica sea respetada y aceptada como ejemplo de legalidad, el empleador debe cumplir con las regulaciones legales y conductas éticas para exigir un comportamiento simétrico del trabajador.

También al empleador le corresponde dar cumplimiento a las obligaciones que le impone el contrato de trabajo, así, si es el empleador el que ha caído en alguna de las causales de terminación del contrato como la falta de honradez, agresión, injurias, poner en peligro la seguridad o salud de los trabajadores, incumplimiento grave de contrato como no pago o atraso en pago de remuneraciones, etc., el trabajador puede poner término a su contrato avisando por escrito al empleador y a la Inspección de Trabajo, y/o recurriendo a los tribunales para que se ordene el pago de la indemnización legal por años de servicios.

En este caso es el trabajador quien debe probar que el empleador cometió la falta, y en cuanto tal, es conveniente que el trabajador en estos casos, previo a poner término al contrato, se haga representar ya que hay que analizar cuidadosamente si se han producido hechos que configuren la causal y además, hay que evitar cometer errores en la carta de término de contrato, que puedan después perjudicar la demanda a ser presentada.

Es importante señalar que el empleador desleal es aquel que viola ese deber de lealtad siendo el mismo una obligación primordial dentro de la misma empresa u organización que configura una unidad económica y que la confidencialidad en determinados aspectos incumbe de una importancia extraordinaria e indispensable para el mismo empleador cuando ha depositado su buena fe en el trabajador.

La legislación laboral española y a través de la jurisprudencia del TCE, sobre todo la que toca a los primeros años, a pesar de los experimentos de desconectar, al menos formalmente, la buena fe de “*la existencia de un genérico deber de lealtad, con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial*”<sup>201</sup> extiende su aplicación no sólo a la forma en que el trabajador realiza su prestación de trabajo, como parece desprenderse de la regulación del ETE, sino a todas aquellas conductas que, realizadas como consecuencia de su prestación laboral, son susceptibles de irrogar un daño al empleador,

---

<sup>201</sup> Cfr. STC 120/1983, y 88/1985.

incluido, sobre todo, el ejercicio por el mismo de los derechos que le reconoce el texto constitucional.<sup>202</sup>

El empleador tiene la garantía de que no se exige la causación de un perjuicio económico real, porque lo caso característico de la violación de deber de no concurrencia o por violación del secreto, será el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal<sup>203</sup>, conducta que en la búsqueda del beneficio propio, no le importa lesionar los intereses del empleador.<sup>204</sup>

Por ello la jurisprudencia mayoritaria, portuguesa y española, no considera requisito necesario para que se ocasione el ilícito laboral la comisión de un perjuicio material o económico a la empresa, bastando para ello un perjuicio potencial, perjuicio al que se aplica la presunción *iuris tantum* de que todo trabajo en actividad análoga o idéntica produce perjuicio, pues el perjuicio no deja de ser consustancial a la concurrencia desleal.

El elemento calificador de la conducta prohibida no es ya el perjuicio o daño causado, en cuanto resultado logrado, sino la deslealtad de la conducta utilizada, en tanto medio empleado para la obtención de un resultado, razones suficientes para el empleador invocar el despido disciplinar del trabajador.

Ahora bien, las garantías positivadas en el ETE no contempla como sanción una causa específica de despido por el incumplimiento de la obligación de no concurrencia, pese a la desventaja que ello conlleva, la obligación de no concurrencia resulta ser uno de los varios deberes que emanan del principio de buena fe contractual y por tanto se encuadran dentro de la cláusula general de extinción del contrato de trabajo por transgresión de la buena fe contractual estipulada en el párrafo 2, del artículo 54.

En el numero 1, del artículo 54 el ETE expone cuáles son los requisitos para que el empleador pueda dar término a la relación laboral mediante el despido, y dispone: “*El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empleador mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable*” y “*deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivaron y la fecha en que tendrá efectos*”, plasmado en

<sup>202</sup> CARRIZOSA PRIETO, E.: *Transgresión de la Buena Fe contractual y Derechos del Trabajador*, Temas Laborales, nº 74/2004, pág. 252, e que refiere que: “*A pesar de que el reconocimiento que hace el art. 5 a) obliga a conformar según las exigencias de la buena fe sólo la realización de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, en el ámbito laboral se impone la concepción imperante en el Derecho Civil, de tal forma que no sólo afecta a dichas obligaciones concretas sino que irradia sus efectos sobre todas aquellas “consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe”.*”

<sup>203</sup> Cfr. as sentenças STS de 17 Abril 1984, (AR 1984, 21); STSJ de Madrid 25 Junho 1991, (AR 1991, 4106); STSJ de Andalucía/Málaga 15 Julho 1991, (AR 1991, 4195).

<sup>204</sup> Cfr. as sentenças STSJ País Vasco, 26 Março 1996 (AS 1996, 482); STS 15 Julho 1987 (RJ 1987, 5389).

el número 1, del artículo 55 estipulando el CTP a través del artículo 351 que el despido del trabajador se puede deber, sobre todo, a los presupuestos aún enunciados.

La sanción de despido sólo será procedente cuando se proporcionen los requisitos de gravedad y culpabilidad, porque si estos requisitos no existen con fiabilidad, pudiera pensarse que el despido no es la única sanción que el trabajador puede recibir como consecuencia del incumplimiento de su obligación y que en aplicación de la teoría gradualista de no darse los requisitos del despido debería ser menor la sanción; sin embargo, resulta difícil la aplicación de esta teoría cuando se trata de una concurrencia desleal, ya que tanto el requisito de gravedad como el de culpabilidad se dan de cumplirse con los elementos que forman la infracción pero al mismo tiempo, hay que actuar con cautela pues el uso exacerbado de esta causa acarrea injustas consecuencias que es lo que ha pasado cuando los tribunales han entendido a la confianza como *“la nota característica del contrato de trabajo”* y así han declarado que es *“básica en el contrato de trabajo”*, *“imprescindible en toda relación laboral”* y *“esencial para la existencia del contrato de trabajo”*.<sup>205</sup>

### **9. Estructura y líneas de desarrollo de la tesis**

Esta tesis tiene como objetivo principal entender la dimensión del deber de lealtad en las relaciones laborales individuales y colectivas, ya que, y en particular en la codificación del Derecho de Trabajo portugués es un vocablo *“comprendido”* o *“encajado”* en un párrafo materializado estrictamente en el deber de no concurrencia y en el deber de sigilo, y extensamente en un deber de orientación general de la conducta del trabajador en el contrato de trabajo.

El legislador ordinario español, a su vez, no lo considera en el ETE, remetiéndose a la doctrina jurisprudencial, evidenciando ciertamente que es un deber que tiene una dimensión obligatoria, y específicamente una dimensión laboral.

Investigamos las motivaciones de la lealtad, en cuanto regla preciosa en las relaciones laborales, y hemos profundizado la cuestión etimológica del vocablo a través de un *“decurso histórico”* con la intención de *“encajarlo”* en la doctrina actual, teniendo cuidado, aunque no sea una tarea fácil, de proceder a la diferenciación del principio general de buena fe, y a la regla del deber de lealtad; sin embargo, tendremos que admitir, sin ninguna particularidad

<sup>205</sup> GARCÍA VIÑA, J.: *La Buena Fe en el contrato de trabajo, especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y social, Madrid, 2001, pág. 332.

dogmática, que las diferencias son evidentes, pues la lealtad es la concretización de principio general de la buena fe.

Si no fuera así, el trabajador o el empleador que actuasen de mala fe ¿serían leales? No en absoluto; y en el contrato de trabajo se refleja una actitud con consecuencias bien caracterizadas, y es en esto en lo que creemos, porque la obligación de lealtad es inherente al contrato de trabajo y excusa cualquier tipo de adaptación, ya que la obligación de lealtad constituye una parcela esencial, y no sólo accesoria, de la posición jurídica del trabajador.

En el momento en que un trabajador ingresa en una estructura organizada, no renuncia a los derechos, libertades y garantías que se encuentran en las leyes fundamentales, y el hecho de protocolizar una relación jurídico-laboral supone necesariamente que los derechos se ajusten a ciertas limitaciones, las cuales resultan en una determinada ponderación de bienes jurídicos, tomando en consideración las funciones a que se ha obligado, y que el empleador le ha facultado, pues se trata de un modelo bidimensional o de reciprocidad, o sea, lealtad del trabajador y valor para el empleador, que permite evaluar la relación entre ambas partes, traduciendo los intereses y las prácticas genuinas de las partes implicadas, criterios no previstos en otros contratos.

En el Capítulo 0 abarcamos el sentido etimológico del vocablo “*lealtad*” evidenciando el desvío y la evolución de la palabra “*fidelidad*” a través de los tiempos, y denotamos una separación de los criterios feudales y vocacionales que contenían un precepto de sumisión “*enfermiza*”, hasta los tiempos actuales, en un esfuerzo de quebrar el vínculo de concepción “*antigua*” de lealtad.

Conforme hemos sido capaces de constatar, existe una conexión íntima entre las funciones históricamente imputadas a la buena fe y a la dignidad del ser humano, que reunidas, traducen la importancia de la inserción de estos institutos en las relaciones laborales, como forma de incorporar a los contratos de trabajo un arquetipo de conductas basado en la honestidad, lealtad y probidad.

Las determinaciones preponderantes en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia son los pilares de esta misma evolución, proyectando la lealtad como un deber, a pesar de ser accesorio del principio general de la buena fe, que ha tomando alguna autonomía, hasta el punto de que los estudios obtenidos consolidan el deber de lealtad; pero no olvidemos que una cosa es lo que se conforma en la ley, que emana el poder legislativo, y otra es la apreciación que la doctrina y la jurisprudencia interpretan de la ley y la diversidad de su exégesis.

Por consiguiente la ley tiene un carácter obligatorio, mientras que la apreciación expone su alcance, el sentido y el significado, cuando solamente su relación se manifiesta simultáneamente por más que en una comprensión y lo que pretendemos es confrontar la apreciación de lealtad en cuanto incipiente o insuficiente, porque el estudio al que nos dedicamos, no aporta innovación ni tampoco elabora legislación, sino que se limita a aplicar la propia apreciación del deber de lealtad.

El deber la lealtad, en sentido negativo implica la censura de todas las conductas que defrauden la confianza que el empleador ha depositado en el trabajador, así como inversamente; por lo que este deber persigue con carácter general la prosecución del interés social.

El deber de lealtad es analizado en una perspectiva de ciertas posiciones y cometidos de trabajo, y se constata la existencia de una lealtad redoblada, sobre todo en los trabajadores dirigentes, en los empleados domésticos, en los profesores de religión y en los trabajadores de la información, evidenciándose por un grado de lealtad debido a la confianza que en ellos se ha depositado, por lo que, por la posición jurídica de estos trabajadores, figura con una mayor intensidad.

Abarcamos los deberes accesorios integrantes de la prestación principal dada la conexión que se deduce de los deberes accesorios de la prestación referida, y nos inclinaremos hacia los deberes de respeto, urbanidad y custodia, recordando que al destacar el deber de lealtad contemplamos el deber de no concurrencia y el deber de discreción, que están incluidos en obligaciones específicas y con consecuencias bien determinadas.

En el Capítulo I, además de proceder a la incuestionable diferenciación teórica y práctica, así como de la aplicabilidad de buena fe, al ser este principio general principio supremo del Derecho Civil según el concepto de Larenz<sup>206</sup>, con amplia incidencia en el derecho obligacional, damos especial importancia al examen de los requisitos de resolución del contrato, o sea, la buena fe implica una acción sopesada, que tiene como objetivo no sólo el propio bien, sino el bien de la otra parte contractual.

El deber de lealtad es el vehículo según el cual debe conducirse el respeto hacia las expectativas de la otra parte, que no es otro sino el actuar con lealtad, no causar daño o desventaja y cooperar para alcanzar el objetivo del contrato.

---

<sup>206</sup> LARENZ, KARL: *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª Ed., Lisboa, FCG, 1997, tradução José Lamego, pág. 506.

Lo mencionado establece que el principio de la buena fe se revela como fuente de deberes u obligaciones especiales, que no son más que deberes de conducta, y es ese el concepto nuclear del deber de lealtad, o sea, el equilibrio moral de las partes contratantes en la relación jurídico-laboral.

En la exacta proporción en que la información es relevante y necesaria para actuar, el propio acto vincula, de manera que no puede ser contrariado bajo pena de que este cambio de orientación rompa la lealtad, y no se permite actuar en contradicción con la conducta anterior, porque la conducta antecedente genera expectativas legítimas en relación a la contraparte, de modo que no se admite el desvío de las propias actitudes, con la ruptura de la lealtad y de la confianza depositada en las partes contratantes.

En las relaciones privadas y en las relaciones públicas, el deber de lealtad merece el que nos dediquemos al estudio de las razones por las cuales se inserta, sobresaliendo como un deber autónomo y principal

En el Capítulo II referimos la historicidad del deber de lealtad en la formación del contrato de trabajo, tratándolo como si fuera un “*nasciturus*” hasta la vida adulta, aunque se presente en algunas circunstancias en fase de poca madurez.

Esto se revela en la jurisprudencia del TEDH, y si así es, ¿cuáles son las razones que llevan a los tribunales portugueses y españoles a apreciar hechos para los cuales ya tienen alguna doctrina suficiente para juzgar? ¿Por qué los ciudadanos recurren al TEDH?

Revelamos un pasado político marcado por un servilismo laboral que marcó sustancialmente los criterios orientadores y conservadores de nuestros tribunales, en un objetivo común de romper con el pasado etimológico del servilismo y sumisión del trabajador, en la disciplina más antigua.

En el Capítulo III, que es el elemento estructurante de este trabajo, establecemos y distinguimos la transversalidad del deber de lealtad con los deberes accesorios inherentes a la prestación principal, pero también y sobre todo los elementos que forman parte de la constelación de la lealtad, y nuestra opinión es que, siendo este deber un elemento rotulador de la conducta en la relación laboral, los deberes a él inherentes, y nos referimos esencialmente al deber de no concurrencia y deber de discreción, aglutinan la diligencia, el respecto y la custodia a las que están solidariamente vinculadas las partes.

Partiendo del presupuesto que es la fase inicial de la elaboración de la relación jurídica y laboral, fase crucial de una relación duradera, el núcleo de la cuestión es la forma de

mantener con honestidad y colaboración el contenido del instituto jurídico de lealtad mientras dure el contrato de trabajo.

Verificamos que las razones implícitas en la base contractual sufren vicisitudes incomprendidas por una de las partes o por las dos, y en una situación de confrontación y contradictoria, al tener como objetivo común la razón de la veracidad de una de ellas, y dado que en este acervo nunca existen consonancias de resultados, en la gran mayoría de los casos el resultado es favorable para el trabajador, pero nos preguntamos lo siguiente: ¿Será que el eslabón más débil es el que tiene razón sólo porque es el más débil? Dudamos de que la equidad funcione siempre de forma leal, y hay jurisprudencia que le da importancia a esta actitud de equidad, y es este el propósito que analizamos en este capítulo.

En el Capítulo IV, el enfoque es estrictamente debido a los resultados que los derechos fundamentales infieren en el contrato de trabajo, y verificamos las varias articulaciones que tratan de la protección de los datos personales, intimidad, libertad de expresión, reunión y manifestación, libertad ideológica, de las organizaciones vocacionales, así como el derecho que asiste a las partes en la acción judicial.

Sin embargo, considerando que la ley fundamental, es un producto actual y su origen se vincula a la idea de afirmación y efectividad de estos derechos, es común que se verifique que desempeñan un papel destacado en las relaciones jurídico-laborales, porque al tener estos derechos una dimensión objetiva, los mismos se oponen no sólo al Estado, sino y sobre todo porque alcanzan entre los *“ciudadanos o entidades privadas, un ejercicio o están en condiciones de ejercerlo, como verdaderos poderes, jurídicos o de hecho”*.<sup>207</sup>

Y en este contexto, verificamos que, ante las concepciones teóricas actuales, de reconocer que existe divergencia en lo que toca a la posibilidad de aplicación de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, esto no se verifica en cuanto a las personas, individual o colectivamente consideradas.<sup>208</sup>

En caso de relación laboral, el fenómeno del poder se manifiesta de forma acentuada, en la medida en que, en ese acervo, no se establecen relaciones entre personas iguales o partidarias, siendo inherente a esta modalidad contractual una posición de superioridad de la parte que recibe las prestaciones, y al ser así, hay que examinar el fenómeno a fin de que más adelante, y en la secuencia de este estudio, sea posible identificar algunos aspectos acerca de

<sup>207</sup> VIEIRA DE ANDRADE. J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 2009, pág. 235.

<sup>208</sup> VIEIRA DE ANDRADE. J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 2009, pág. 247.

la eficacia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo y a continuación examinar los criterios para la resolución de colisiones entre el poder directivo del empleador y los derechos fundamentales, considerando que en ese punto hay poderes y derechos afectados mutuamente.

En lo que respecta a los derechos fundamentales, siempre se ha reconocido una dimensión subjetiva de la teoría constitucional contemporánea, que genéricamente ha reconocido la dimensión objetiva.<sup>209</sup>

En el Capítulo V la profundidad del tema nos llevará a un análisis de los procedimientos de los varios actores sociales implicados, siendo perfectamente palmario que deben obedecer a las mandatos de la buena fe en todas las fases en que se encuentren envueltos, sin embargo, como ya anunciamos y nos proponemos destacar, por mucho que exista la buena fe en las fases de consulta, negociaciones y conclusiones, si no existe una verdadera honestidad a través de una actuación leal entre todos los actores sociales, se traducirá en un conflicto con repercusiones laborales y sociales.

Los representantes de las partes son intermediarios fundamentales y no son más que los *"fieles de la balanza"* para que todas las conductas estén consolidadas con la diligencia probidad y eficacia que se debe a un proceso de negocio, y aunque la buena fe esté subyacente, es un principio de refugio que de por sí solo no resuelve las contiendas de forma satisfactoria ante las reivindicaciones de los actores en causa, y por ende la conducta de la representación leal es el corolario esencial para que las causas y sus consecuencias sean eficazmente sobrepasadas.

En el Capítulo VI examinamos las relaciones laborales especiales y que presentan las particularidades que se distinguen básicamente por el grado confianza del cargo y función que el trabajador desempeña, y hemos podido verificar la interconexión de la lealtad con la confianza, como en los casos de trabajadores directivos, empleados domésticos, trabajadores de la información y profesores de la religión, estos casos en particular han merecido de parte

---

<sup>209</sup> PEREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 22, quien admite que: "*su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho*"; De ahí que "*contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infraconstitucional. Se trata, como expresamente ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, de tomar como punto de partida para cualquier actividad encaminada a la interpretación o aplicación del derecho el postulado básico a tenor del cual: "los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"*.



del TEDH un tratamiento diferenciado, y el hecho de haber recurso ante este tribunal, es suficientemente ilustrativo de la inercia, o de una laguna legislativa en los países estudiados.

Las particularidades evidenciadas en estas relaciones contractuales suscitan algunas cuestiones, entre ellas, la razón por la cual, ante un conflicto entre trabajadores y entidad empleadora, se nos conduce al CTP o al ETE. Trataremos de desvelar las motivaciones reales de la existencia y aplicabilidad de estas relaciones contractuales, y si en esta fase subsisten dudas, que solo pueden ser desveladas por una circunstancia que es: diferir el deber de lealtad ante el hecho de una relación sinalagmática y bilateral, como es el contrato de trabajo.

En nuestra modesta opinión, ello no existe en la amplitud del deber de lealtad, sólo que esa circunstancia se debe a la graduación de la lealtad, y por ello desarrollamos el contenido de este aspecto.

Para terminar, el Capítulo VII en el que procedemos a las razones que han determinado la elaboración de este estudio, aunque es notable la inexistencia de criterios orientadores, tanto legales como doctrinales, debiendo sin embargo de destacar la importancia que la jurisprudencia ordinaria, suprema, constitucional y del TEDH dedica al tema.

Sensibilidad a la que no nos sentimos incólumes, porque las derivaciones de un principio son de por sí demasiado genéricas para que se puedan evaluar los riesgos de conducta de ella derivados, razón por la cual nos dedicamos a expresar una apreciación jurídica de la metodología inherente al deber de lealtad.

## 0. INTRODUÇÃO

### 1. O âmbito etimológico da palavra “lealdade”

O dever de lealdade, designado em outras legislações, de fidelidade, traduz-se, genericamente, num dever de omissão<sup>210</sup> que tem por objecto quaisquer condutas capazes de contrariar ou prejudicar os propósitos que servem de suporte a uma relação contratual, e apesar da interligação existente entre os dois termos comungamos da opinião que a lealdade admite um amplo dever que implica o cumprimento das obrigações.<sup>211</sup>

Pela própria essência, o dever de lealdade terá seguido desenvolvimento evolutivo do homem<sup>212</sup>, e desde a sua própria natureza, conhecido taxonomicamente como “*homo sapiens*” terá sabido, até pela sua própria necessidade de sobrevivência, saber distinguir entre elementos leais e desleais, e prontamente se apercebeu que só poderia confiar nos leais, pois sem lealdade não haveria possibilidade de encetar acordos, e sem acordos não haveria permutas, etc., ou seja, desde os primórdios civilizacionais que o ser humano aprendeu a comprometer-se fielmente a um compromisso, bem como a conservá-lo, respeitando a palavra dada.<sup>213</sup>

A fidelidade é no português actual, uma noção mais estrita do que a lealdade, pese contudo e pressupondo esta, a *fidelitas* postula um compromisso, estrito e de tipo pessoal, a respeitar, e pelo contrário, a lealdade enlaça uma margem de livre actuação por parte da pessoa em que ela se manifeste.

Fidelidade<sup>214</sup> tem por origem o vocábulo latino “*fidelitate*”, e que significa a qualidade daquele que é fiel; lealdade; exactidão; honestidade; semelhança, enquanto que a lealdade tem por origem o adjectivo leal, que por sua vez provém do vocábulo latino “*legale*”, e legal, é

<sup>210</sup> HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6ª Ed., Vol. I, Berlim-Frankfurt a. M. (1959), págs. 220 e ss.

<sup>211</sup> No mesmo sentido: MENÉNDEZ PIDAL, J.: *La Lealtad en el contrato de Trabajo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus, 1961, pág. 16.

<sup>212</sup> A hominização é o processo evolutivo que conduziu, a partir de um primata ainda desconhecido, à forma actual do homem, quer física quer intelectualmente; in Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consulta 2013-05-23]. Disponível na www: URL: <http://www.infopedia.pt/hominizacao>.

<sup>213</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 51 e ss.

<sup>214</sup> “(...) acepciones del término ‘fidelidad’ en lenguaje ordinario (cf., críticamente, W.Daubler, ‘Das soziale Ideal des BAG’, cit. P. 474ss), - ha sido muy variable, yendo desde la exigencia de una fervorosa ‘entrega de sí mismo’ (dedizione di sè) ‘con las mejores energías’ (Mit besten Krafte) al interés del empleador, hasta su consideración como criterio de valoración jurídica de la conducta debida del trabajador...”, cfr. MARTÍN VALVERDE, A., y Otros: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Sevilla, 1977, pág. 85.

relativo à lei, de *lex*, “lei”, do antigo francês “*franc*”, ou seja, livre, não-servo, sincero, genuíno.

Seria derivado do nome do povo germânico chamado franco, que conquistou a Gália dos romanos, e a conotação de fidelidade vem pelo sentido de fiel, confiável ao atender a obrigações legais, do grego “*empathia*”, ou seja a paixão, estado de emoção, formado por “*en*”-, “*em*”, mais “*pathos*”, isto é, emoção, sentimento, e a ideia é estar “*dentro*” do sentimento alheio, e por sua vez a lealdade determina assim o respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade, fidelidade aos compromissos assumidos, com carácter do que é inspirado por este respeito ou fidelidade.<sup>215</sup>

A “*bona fides*” integrava na Roma antiga um conceito moral de honradez, diligência e lealdade nos actos jurídicos e de uma forma geral na vida do “*dia-a-dia*”, e estava integrada pela ausência de dolo ou engano de forma a estabelecer um vínculo obrigacional pela manutenção da palavra dada e pelo cumprimento do exprimido e pelas consequências.

Ou seja, o princípio da formalidade estava regido pelo cumprimento exacto e pontual, sendo que a lealdade estava implícita na palavra ou na consolidação do pacto assinado através da seriedade de compostura das partes.

O dever de lealdade<sup>216</sup> no âmbito social e jurídico, a lealdade no campo das relações de trabalho e nas suas relações com o ordenamento jurídico, nos países ibéricos, Portugal e Espanha, é o propósito deste estudo, porém uma das razões que nos motiva e persiste é o facto de uma certa unilateralidade acentuada desta regra, que abordaremos adiante.

A fidelidade traduz-se, pragmaticamente, na exigência, não de uma atitude em si, mas sobretudo num comportamento passivo, ou seja, não se exige a adesão e entrega, mas sim a docilidade e o conformismo<sup>217</sup>, sendo que: “*A lealdade é um dos pilares que sustentam o real valor do homem*”.<sup>218</sup>

<sup>215</sup> Cfr. o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, III, 3ª Ed., Verbo, pág. 389.

<sup>216</sup> Não confundir lealdade com fidelidade. Lealdade está relacionada com ser leal, que cumpre promessas, que cumpre as leis, que respeita o que for combinado, ou ser dedicado, honesto ou sincero. Fidelidade relaciona-se em ser fiel, ou seja, ser exacto ou semelhante, ou presta juramento. De uma maneira geral, ser fiel é ter prestado juramento e ser leal é ter cumprido o juramento. Portanto, existe fidelidade sem lealdade e também existe lealdade sem ter sido fiel, ou seja, pode-se prestar juramento e não cumpri-lo, como também se pode cumprir algo, sem ter sido obrigado a isso. Desta forma, neste trabalho, sempre estaremos nos referindo à lealdade como forma de cumprir leis, promessas, compromissos ou acordos, muito mais significativo do que firmar documentos ou promessas. Ver: JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 7-13 e FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 11-15.

<sup>217</sup> Sobre esta transformação de retórica fascista que “*renuncia a grandes palavras*” e promete “*protecção*” na troca de “*disciplina e tranquilidade*” (*Disziplin und Ruhe*), O. Kahn-Freud, ‘*Das Soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts*’, em *Arbeitsrecht und Politik*, cit, pág. 192; e P. Rescigno, ‘*Persona e comunità*’, *Il Mulino*

A lealdade, tem vindo a alargar o seu âmbito e a convergir com o campo semântico de fidelidade, mas, no âmbito laboral a lealdade determina uma atitude dirigida a cumprir correctamente com o estipulado, e jamais terá um conceito, em nossa opinião, de uma forma de vassalagem implícita na fidelidade, e já no Feudalismo, Carlos Magno incentivou e alterou o vínculo da vassalagem, comum entre os francos desde a época merovíngia. A doação do “*benefício*” (terra) em troca do juramento de fidelidade e serviços prestados ao rei passou a ser acompanhada do poder de “*ban*”, isto é, do direito de comandar, punir, aplicar a justiça e cobrar impostos sobre a população local, de forma que o beneficiado passava a assumir funções do rei nas suas terras. O juramento vassálico passou a ser feito mais no interesse em obter a terra (feudo), do que na lealdade ao soberano.

A fusão da vassalagem com o benefício constituiu a base do sistema feudal e teve como consequência, o enfraquecimento do reino e do poder do rei. Os nobres mais importantes, – duques, condes e marqueses –, recebiam o feudo directamente do rei, tornando-se seus vassallos directos, que por sua vez, podiam repassar parte dele a outros nobres menores, – viscondes, barões e cavaleiros –, criando uma escala hierárquica de suserania e vassalagem que abrangia toda a aristocracia, pelo que ousamos afirmar que esse era um tipo de lealdade falsa.

Inversamente, uma atitude perversa através de uma consciência antijurídica determinaria a convicção de uma actuação em contrário de má-fé e lesiva de uma direito alheio de incumprimento do dever próprio a que estava adstrito.

A lealdade, na concepção teleológica, significa a fidelidade à “*bona fides*” e ao respeito à justiça, que se traduz não só pela veracidade do que se diz ou se pretende transcrever através de um documento escrito, e de facto, está definido de forma absoluta o dever de colaboração das partes, com a operacionalidade e efectividade durante todo o processo jurídico-laboral, tendo-se estabelecido, ainda que não implícito em normas imperativas, a exigência de posturas essencialmente éticas por parte de todos os actores sociais, ou seja, todo homem deve agir com boa fé, deve ser verdadeiro: “*ex honestate unus homo alteri debet veritatis manifestationem*”, e é este um princípio que foi incorporado pelo Direito do Trabalho.

Actualmente, há a disposição do dever de lealdade e probidade nas relações entre privados e entre estes e o Estado, como um dos pilares de sustentação do sistema jurídico,

---

(Bolonía 1966), pags. 72-73, in *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, P.U. Sevilla MARTÍN VALVERDE, A.: 1977, pág. 87.

<sup>218</sup> Provérbio judaico.

motivo pelo qual se afigura de importância fulcral, não só a sua correcta compreensão, como também a dos instrumentos reguladores inter-partes existentes que garantam a sua fixação jurídica e aplicabilidade em caso de conflitos, daí que a lealdade compreenda nas relações laborais uma postura ética, honesta, franca, probidade que se exige, e ser leal é ser digno, proceder de forma correcta, com lisura, sem se valer de astúcias, falsidade ou estratagemas, e neste conceito jurídico-legal, a lealdade, na concepção teleológica, significa o respeito à justiça, que, entre outras formas, se traduz não só pela veracidade do que concerne ao contrato, mas também pela forma geral como nele se actua, incluindo-se aí, o que não se omite.

O adjectivo leal significa conforme com a lei, que não falta às suas promessas, sincero, franco, honesto, fiel, dedicado, pelo que a dimensão ética e normativa da lealdade rompe no seu étimo latino, e provindo leal de *legalis*, de *lex*<sup>219</sup>, *legis*, que no século XVII assumiu o sentido de "*digno, fiel*", isto a lei, será leal quem numa perspectiva de actuação futura, esteja em conformidade com a lei, e no caso, considerada no sentido amplo.

Em Espanha, o vocábulo lealdade advém de *leal*, que consiste no cumprimento do que exigem as leis da fidelidade<sup>220</sup> e honra, que provém do latim "*legalis*", e que no Dicionário da Real Academia Espanhola, se traduz como respeito à lei, não só à lei em sentido jurídico, mas também às normas morais, e será um compromisso com a verdade, respeito, obediência e cuidado perante alguém, que pode ser outra pessoa, às leis, à pátria, à família, à religião, a uma determinada ideia ideológica.

A lealdade está relacionada para a família, os amigos, a profissão, a empresa, ou ao país, não aos seus, a não ser que estejam também relacionados mutuamente, e em tais identificações, o destino ou o bem-estar dos objectos de lealdade estão vinculados com a própria pessoa., podendo-se sentir vergonha ou orgulho dos feitos, porém deve-se assumir riscos e suportar os encargos por ter assumido.<sup>221</sup>

Hoje em dia, o dever de lealdade está intimamente ligado ao princípio da probidade contratual, segundo o qual cabe às partes sustentarem as suas razões dentro da ética e da moral, não se utilizando da falta de colaboração e da fraude, isto é, deve-se ao dever de agir de acordo com a verdade e praticar os actos necessários à prossecução do vínculo.

<sup>219</sup> Cfr. o Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, III, 3ª Ed., Verbo, pág. 197.

<sup>220</sup> Cfr. o Real Dicionário da Academia Espanhola: *Fidelidad*, (*del lat. Fidelitas, -ātis*). f. *Lealtad*, *observancia de la fe que alguien debe a otra persona*. // 2. *Puntualidad*, *exactitud en la ejecución de algo*. // *alta* ~. f. *Reproducción muy fiel del sonido*.

<sup>221</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 23-28.

A deslealdade e o abuso de direito, descredibilizam a prestação contratualizada, não só porque denigrem a parte contrária que sofre os seus efeitos, mas também porque prejudicam o Estado, e a própria sociedade, que acabam por sofrer o preço de ter uma prestação jurisdicional que perde tempo e dinheiro com atitudes muitas vezes desnecessárias e absolutamente despropositadas, deixando-se de atender, nesse momento, a pleitos legítimos.

Segundo a nossa convicção, o dever de lealdade é um dos pilares do direito laboral contemporâneo, tendo na sua fixação o propósito de adequar a conduta dos intervenientes da relação jurídica, quanto à dignidade do instrumento de que se servem para obter a verdadeira consolidação do contrato, pelo que o incumprimento desta obrigação de lealdade configura, sem dúvida, um acto atentatório à dignidade do princípio geral e, por tal razão, necessita receber juízo exemplar de reprovação pela doutrina jurisprudencial.

Em tempos idos, a lealdade significava ser leal a um indivíduo, e o dever de lealdade quase que se envolvia numa “*obediência cega*”, era como que obedecer ao próprio dirigente pudesse reflectir o espírito de uma dedicação absoluta, porém o sentido da obediência obsessiva aos dirigentes tem vindo a ser corrigida com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, o que de outra forma se traduz numa dedicação que não é totalmente reflectida na vontade submissa do indivíduo.

O dever de lealdade que tem como base a honestidade e a sinceridade nas relações jurídicas, manifesta-se através da honra aos compromissos que as partes tem em relação umas as outras e em relação à justiça, sendo que a conduta que as pessoas devem adoptar e a verdade a ser dita, não interessa, pois, a intenção, mas sim o sentido objectivo que as palavras e os actos contém.

Percebe-se, portanto, que o que deve existir nas relações jurídicas e que o que o princípio geral defende é uma valorização da ética colectiva, pautada por confiança, transparência, solidariedade, cooperação e lealdade, ainda que signifique uma limitação da vontade individual ou a criação de deveres anexos, superando-se, portanto, a concepção do Direito sob o prisma da satisfação do indivíduo, por força da objectivação dos direitos.

Sendo a lealdade um sentimento que vincula as partes de uma forma duradoura, e sendo que o objecto de lealdade é um fenómeno relacional, ou seja, é-se leal a alguém ou a algo, e os vínculos que concebem este preceito estão identificados com compromissos e responsabilidades, que não sendo instrumentais, desenvolvem-se durante o vínculo, podendo prorrogar-se para além deste.

A boa convivência social preconiza como fundamento que todo o ser humano é um ser social, de tal modo que cada pessoa precisa de outras e as outras pessoas precisam dela. Com isso, o convívio social está relacionado às actividades em conjunto ou em grupo, em que cada personagem possui sentimentos, opiniões e preferências que nem sempre são coincidentes com a maioria do grupo. Por isso, possuir uma mente aberta, em que se possa respeitar os diferentes sentimentos, as diferenças de opiniões e de preferências, contribui para alicerçar os pilares da confiança no convívio social, uma vez que, agindo desta maneira, procura-se evitar comentários maliciosos ou brincadeiras de mau gosto, que podem causar descontentamentos e afastar determinado sujeito ou mesmo comprometer a confiança e a união do grupo.<sup>222</sup>

Um factor muito importante na união do grupo é a participação equilibrada no convívio social, pois ajuda a criar harmonia no relacionamento, e a participação equilibrada caracteriza-se em agir de maneira natural, positiva e comedida com os integrantes do grupo social. Agir com naturalidade é ser aquilo que realmente é, sem se sobressair ou se exaltar, falando em tom de voz agradável. Ser positivo é ser optimista, alegre, bondoso, mostrar interesse e elogiar o que os outros fazem ou gostem. Ser comedido é controlar os seus actos, as suas palavras, falando apenas o necessário e prometer só aquilo que possa cumprir.<sup>223</sup>

O respeito e o equilíbrio no relacionamento convergem para a construção da lealdade dentro do grupo, uma vez que são responsáveis pela unicidade social e o fortalecimento do inter relacionamento.<sup>224</sup>

O relacionamento social no trabalho completa-se com outras características necessárias, que melhoram o ambiente profissional. O cumprimento a todos, um “*bom dia*” ou um “*olá*”, sem excepção e sem intimidades, tanto ao chegar quanto ao sair do serviço, representa o ingresso social no ambiente de trabalho, uma vez que o ingresso formal é estabelecido quando se “*passa*” o cartão ou se assina a presença.<sup>225</sup>

O tratamento com respeito indistintamente entre os trabalhadores é fundamental, de tal modo que se deve procurar a ouvir atentamente, falar com sobriedade, sem gestos exagerados ou voz alterada, evitando-se gírias, modismos linguísticos ou atitudes exibicionistas, além de controlar excessos e críticas e, quando for necessário, orientar nas solicitações, demonstrando

<sup>222</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 8-11.

<sup>223</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 3-4.

<sup>224</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, pág. 14.

<sup>225</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 23-24.

firmeza, sem mostrar ser “*dono da verdade*”, assim, deve-se falar somente o necessário e também ser bom ouvinte.<sup>226</sup>

A simplicidade e a modéstia devem guiar as atitudes no convívio social no trabalho, pois, caso haja qualidades profissionais, algum dia serão notadas, como também serão descobertas as imperfeições. Por isso, todo o trabalho deve ser realizado dentro da competência de cada órgão ou trabalhador. Atitudes precipitadas ou até que interfiram no trabalho alheio acarretam a quebra da confiança e alimentam a competição dentro do grupo, comprometendo o espírito de lealdade que deve imperar.<sup>227</sup>

No caso do jovem, a lealdade está inserida no contexto das transformações sociais que ocorrem nesta fase da vida. O jovem saiu da infância, mas ainda não se constitui num adulto.

Na infância, existe uma lealdade puramente familiar, geralmente, com o pai e com a mãe, podendo ser exercida mais com um do que com o outro. Alguns motivos podem ser apontados como causadores destas diferenças, tais como: afinidade e contacto.

Ocorrem os primeiros contactos com os “*amiguinhos*”, mas ainda não se caracteriza uma relação de lealdade, pois os sentimentos de confiança e sinceridade ainda não estão bem definidos.<sup>228</sup>

Quando se chega à fase da juventude ou adolescência, ocorrem transformações físicas, mentais e sociais. A família passa a ser mais uma opção, de entre o universo de convivência social do jovem. Neste momento, o jovem possui maior contacto com pessoas “*estranhas*”, definindo aquelas que são, ou não, seus amigos. O sentimento de amizade carrega outras variáveis que proporcionam o aumento da aproximação mais íntima entre os jovens. Estas outras variáveis são a sinceridade, a confiança, a veracidade, a cumplicidade e a honestidade, que todas elas convergem para a lealdade. Existem aqueles amigos que não conseguem atingir o atendimento de todas estas variáveis, ou seja, há aqueles que são sinceros, mas não chegam a ser confiáveis; ou aqueles que são honestos, mas deixam de ser cúmplices. Assim, o sentimento de lealdade é algo que não se prende às questões materiais ou contratuais, de cumprimento de obrigações, mas às questões emocionais e comportamentais. Portanto, para o jovem, a lealdade é algo estritamente do sentimento, que se sente por determinada pessoa.<sup>229</sup>

No caso da terceira idade, devido às condições de saúde, de residência, de lazer e económicas, fazem com que a lealdade se diferencie da fase da adolescência. Para o idoso,

<sup>226</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 12-13.

<sup>227</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, pág. 34.

<sup>228</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 29-30.

<sup>229</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, pág. 54.



muito mais do que um amigo, está aquele que possa cuidar, amparar, garantir-lhe o sustento e a residência, ser o seu representante legal, dedicar-se e até aquele que possa proporcionar algumas horas de lazer e de atenção. A lealdade na fase idosa tem muito mais a ver com os cuidados a serem oferecidos do que propriamente uma relação de pura amizade, apesar de ser possível também a coexistência, mas, geralmente, o amigo possui as mesmas condições limitativas que o idoso, por serem, em geral, contemporâneos.<sup>230</sup>

Para o idoso, o mais importante nesta fase é ser atendido, mesmo nas mais simples solicitações, já que existem grandes limitações, que podem comprometer a qualidade de vida. A convivência familiar deve ser muito mais predominante do que a social, já que a própria condição do idoso requer que os cuidados aconteçam no ambiente familiar. Desta forma, falar em lealdade para o idoso e falar de quem se responsabiliza e quem cuida dele.<sup>231</sup>

No caso das pessoas deficientes, a lealdade no convívio social também se relaciona, como no caso das pessoas da terceira idade, em quem se torna responsável em cuidar e representar o deficiente. A lealdade é também fundamental nesta condição, pois, além da confiança e honestidade, a dedicação também deve ser observada. Portanto, para as pessoas deficientes, as mesmas preocupações relacionadas para as pessoas da terceira idade também se observam aqui.<sup>232</sup>

A lealdade não sentimental trata do zelo profissional, de um profissional com o seu cliente, e exemplificando, é o caso do advogado e o seu cliente, não é irracional, mas tem a sua lógica associativa na legislação, tal como a do sistema acusatório, e é para isso que o advogado é, em última instância não como uma relação de sentimento, mas de escolha deliberada.<sup>233</sup>

Colocando a questão como uma das formas de disposição "*prática*" ou "*sentimental*", é provavelmente demasiado a existência de tais disposições. Alguns biólogos / psicólogos vêm a lealdade como um mecanismo adaptativo transmitido geneticamente, um nexo para os outros sentirem que existe valor de sobrevivência.<sup>234</sup> Dado que muitas vezes é visto como o carácter de auto-sacrifício de lealdade individual, de fidelidade, é levado para ser direccionado principalmente para a sobrevivência do grupo.<sup>235</sup>

<sup>230</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 44-46.

<sup>231</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 100-101.

<sup>232</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, pág. 102.

<sup>233</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 71-79.

<sup>234</sup> LARSSON, TOMAS: *Land and Loyalty*, Cornell University Press, New York, 2012, págs. 33-37.

<sup>235</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 25-34.

É muito comum associar a fidelidade com certos agrupamentos do tipo natural ou convencional, a nossa lealdade tende a ser expressa em “*lealdades*”, ou seja, não é apenas um acessório, mas que tende a ser ligado a certos tipos de associações natural ou convencional, como amizades, famílias, organizações, ideologias, profissões, países e religiões.<sup>236</sup>

O consenso comum parece ser que uma pessoa que serve a empresa deve fazê-lo correctamente, ou ser responsável por má conduta e pelos danos decorrentes de seu comportamento. Isso pode levar à conclusão de que há uma necessidade de definir os seguintes pontos: primeiro, as atribuições específicas de cada trabalhador; em segundo lugar, quais são as consequências aos trabalhadores se não cumprirem as atribuições definidas pela empresa; e, em terceiro lugar, quais são as medidas correctivas que os trabalhadores devem adoptar.<sup>237</sup>

A maior parte dessas questões foram abrangidas pelo Projecto das Sociedades da Quinta Directiva. Apesar de um projecto não poder ser considerado um acto legal, ainda pode ser objecto de investigação científica, porque contém o actual desenvolvimento jurídico deste domínio.<sup>238</sup>

A noção de lealdade hoje em dia, deixou de ter uma conotação de índole de servilismo, esta intimamente conexcionada com a época medieval -, passando a uma consolidação mais democrática enquanto virtude essencial e pilar básico da relação laboral, e sem que possamos considerá-la enquanto um “*subproduto*” elementar e sem interesse prático-jurídico, apresentando-se como um valor funcional enquanto núcleo das relações sociais e jurídicas.

Porém, o dever de lealdade não está isento de alguma ambiguidade, pois tem que ser interpretado e na maior parte das vezes é susceptível de interpretações que se manifestam através da deslealdade, já que a lealdade, é uma acção de longo prazo, lenta e que requer tempo, mas que terá grandes hipóteses de se tornar duradoura, devem as partes manter-se leais a qualquer situação, aderindo a modificações estruturais, em prol da produtividade, rentabilidade e desenvolvimento, salvaguardadas que estejam quaisquer atropelos à dignidade humana.

A lealdade não estabelece diferenças, ou seja, é recíproca, e constitui a entrega absoluta e voluntária de um indivíduo a uma causa, a mesma que se converte na razão de ser, é portanto preciso que esteja interligada a uma situação digna de ser servida, caso contrário converte-se em indigna.

<sup>236</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56.

<sup>237</sup> ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance managment*, 3ª Ed., Kogan page, London, 2006, págs. 23-25.

<sup>238</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 46-49.

Desde o ponto de vista material, o conteúdo está associado: “ao dever de ambas as partes em cumprir com coerência e colaboração o denominado programa negocial que as próprias partes convencionaram”<sup>239</sup>, por tal razão, “têm o direito a esperar da contraparte uma actuação leal, fiando e confiando em que a sua actuação será social e contratualmente correcta”.<sup>240</sup>

Desta forma, a lealdade é sem excepção, no obedecer à responsabilidade de um determinado cumprimento que independentemente da hierarquia, devem as partes ser responsáveis pela execução do contrato, de maneira que subsista um qualquer prejuízo grave, seja privado ou público.

O dever de lealdade é uma exigência geral num Estado democrático moderno e uma expressão de forma jurídica, e sendo estabelecido no sistema jurídico, ainda que não através de normas, terá um significado relevante no âmbito contratual, determinado que seja por questões éticas ou morais, de qualquer forma o dever de lealdade institucional é uma prática a ser explorada, atitude a que nos debruçaremos neste trabalho.

O dever de lealdade surge do entendimento de que a lei deve ser seguida nas relações laborais, devendo todas as condutas integrantes de tais relações ser fundamentadas e amparadas pelos limites do ordenamento jurídico.

E antes de penetramos no estudo genérico ou acessório de conduta aos quais introduzimos este sentido etimológico, social e jurídico, é preponderante clarificar que existe um dever básico e importante que incumbe às partes, e é em nossa opinião o dever de lealdade, enquanto conceito geral alicerçado no dever ético e moral de providenciar uma actuação de forma leal perante um sujeito em que nos encontramos transversalmente numa relação de confiança.

E sendo a confiança o suporte de um qualquer vínculo obrigacional que deve ser o corolário das condutas humanas, as partes obrigam-se a interagir lealmente para a concretização das expectativas inerentes à imposição do dever de lealdade, ainda que o suporte de confiança venha tendo uma característica nas meras expectativas jurídicas e que apenas poderão ser tuteladas por via da aplicação do princípio da protecção da confiança, como uma das vertentes do princípio da segurança jurídica.

Na sua origem, a lealdade ganha um conteúdo positivo mercê da própria aproximação à boa fé, na vertente, segundo a terminologia portuguesa, da primazia da materialidade

<sup>239</sup> MONTROYA, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 39.

<sup>240</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, Madrid, Editorial La Ley, 2007, pág. 108.

subjacente, o que implica a prossecução efectiva de um escopo, não meras actuações formais.<sup>241</sup>

A sociedade feudal era constituída de uma forma de estratificação social com camadas sociais mais fechadas do que as classes sociais, e mais abertas do que as castas, no qual o indivíduo desde o nascimento está obrigado a seguir um estilo de vida pré-determinado, reconhecidas por lei e geralmente ligadas ao conceito de honra organizada a partir de uma rígida e praticamente imóvel hierarquia: o camponês, enquanto servo da gleba, recebia a protecção do senhor feudal, o qual, por sua vez, devia lealdade e era protegido por um senhor mais poderoso, e assim sucessivamente, até culminar no rei, figura máxima na escala hierárquica. Os fortes protegiam os fracos, mas em troca de um preço elevado. Os senhores concediam aos seus vassallos o feudo, e em troca de pagamentos em dinheiro, alimentos, trabalho ou lealdade militar.

A obrigação contratual no sentido moderno pode ser entendida portanto como um dever global de agir objectivamente de boa fé, e essa boa fé objectiva constitui no campo contratual um processo que deve ser seguido nas várias fases das relações entre as partes, com lealdade recíproca dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos com confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações.

Como tal empreende-se, como resultado inerente à lealdade, a uma actuação cooperante, permanente e constante, satisfazendo as necessidades que incumbem às partes, que ainda que possam ser antagónicos, ter-se-ão como sendo sinérgicos e muitas das vezes com um efeito aditivo.<sup>242</sup>

## ***2. Estado da questão na legislação e jurisprudência***

O vocábulo “*lealdade*” surgiu na legislação laboral portuguesa através do número 1, do artigo 20, do Decreto-Lei 49408 de 24 de Novembro de 1969, de nítida inspiração do Código Civil Italiano proclamado no artigo 2105, que dispõe que o prestador de trabalho não deve negociar “*trattare affari*” por conta própria ou terceiros em concorrência com o

<sup>241</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *A boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 59 e ss.

<sup>242</sup> LASARTE ALVAREZ, C.: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, Revista de derecho privado, ISSN 0034-7922, Año nº 64, Mes 1, 1980, págs. 50-78; pesquisa efectuada em 2013-05-22, através da biblioteca [www.ucm.es](http://www.ucm.es).

empregador, bem como se deve abster de divulgar informações “*notizie*” referentes à empresa de forma a prejudicá-la.

A doutrina italiana construiu a partir daí um dever geral de “*fedeltà*” ou lealdade do trabalhador, e que tinha um alcance funcional bem conciso, proibir o comportamento do trabalhador que pudesse prejudicar o empregador.<sup>243</sup>

A inconsistência de um dever de lealdade de cariz comunitário e solidarística, determinou a impossibilidade de um dever geral autónomo de lealdade, mas apenas os deveres específicos de não concorrência e de sigilo, ainda que tenha uma particularidade acentuada no comportamento do trabalhador e do empregador através do contrato de trabalho e enquanto elemento, do princípio geral da boa fé.

Contudo o dever de lealdade é uma “*fonte*” de todos os deveres acessórios, ainda que com uma “*elasticidade*” suficiente para uma utilidade autónoma de diverso valor de intensidade, e o CTP de 2003 (artigo 126) iniciou as expressões típicas deste dever específico e vinculativo dos comportamentos do trabalhador, enquanto proibições, e tal se mantém com o actual CTP.

Isolemos as figuras hoje previstas na [alínea f)], do número 1 do artigo 128 do CTP de 2009, ou seja o dever de não concorrência e o dever de sigilo, e só assumirão uma relevância acentuada na medida em que, precisamente por elas, se materializam comportamentos desviantes e como tal desleais.

Os deveres do trabalhador são listados no artigo 128 do CTP, sendo que o incumprimento baseado no comportamento ilícito e culposo do trabalhador tanto pode proceder do desrespeito de deveres principais, como o dever de realizar o trabalho com zelo e diligência [alínea c).], de deveres secundários, como o dever de velar pela conservação e boa utilização dos bens relacionados com o seu trabalho [alínea g)], ou de deveres acessórios de conduta, deduzidos do princípio geral da boa fé no cumprimento das obrigações, acolhido no número 2 do artigo 762 do Código Civil Português (CCP) e reiterado no número 1, do artigo 128 do CTP, figurando, entre eles, o dever de guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios [alínea f)], que são apenas afloramentos do dever de lealdade.

---

<sup>243</sup> Neste sentido o Acórdão do STJ AF 373, 108, de 21/01/1992, citado por MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 232, citando R. CORRADO, *Il Lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro* dir. L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, ii, 248.

Não respeitar nem aplicar esta norma legal prevista no CTP, com o fundamento na tese segundo a qual *o dever de lealdade é um dever absoluto e não admite gradações*, é concluir de um comando legal essencial na aplicação da justiça e reduzir a letra morta e sem qualquer significado, alcance ou interesse, a aplicação de princípios legais essenciais, como os princípios da proporcionalidade e da equidade, sujeitando a aplicação da lei, e consequentemente da justiça, a critérios erráticos de oportunidade, como aliás a extensa jurisprudência<sup>244</sup> portuguesa proclama.

À violação pelo trabalhador dos deveres enunciados neste artigo corresponde por via de regra uma infracção disciplinar susceptível de conduzir ao despedimento, verificados que estejam os respectivos requisitos, pelo que é a propósito desta matéria a existência desenvolvida e pertinente pela jurisprudência portuguesa.

Ao se identificar na doutrina italiana a natureza do dever de colaboração através de prestação, que consagra o artigo 2094 do Código Civil Italiano (CCI), será preferível falar de “*subordinação colaborativa*”<sup>245</sup>: coordenação, em seguida, para alcançar o interesse da empresa, sendo que o contrato de trabalho obriga a um dever de “*fedeltà*” e dever de boa fé e cortesia como obrigação imposta pelo artigo 2105 do CCI.

A transposição da noção de “*fidelitas*”, dotada que estava de uma intensa carga emotiva, de âmbito ético e religioso, adquiriu, com algum esforço, um carácter definitivo de análise e colocação sistemática de uma obrigação de “*fidelidade*” no âmbito laboral, depois de sucessivas reconstruções adquiriu por via de obrigação acessória da “*buona fede e correttezza*” um estatuto próprio, ainda que não identificado normativamente.

A obrigação que emerge entre o trabalhador e empregador através de um contrato de trabalho, previsto nos artigos 1175 e 1375 do CCI, o trabalhador, além de desempenhar a função para a qual foi contratado, deve observar o dever de lealdade e de diligência, e que o artigo 2105 do CCI especifica, e em particular, a proibição de tratar, sem seu próprio nome,

<sup>244</sup> Cfr. Acórdãos do STJ: 28/06.7TTLSB.L1.S1 DE 23/11/2011; 1104/08.7TTSTB.E1.S1 de 12/01/2011; 417/10.2TTVNF.P1.S1 de 20/06/2012; 4068/06.8TBCSC.L1.S1, de 06-11-2012; 2542/07.8TBOER.L1.S1, de 14-02-2013; do TRL: 1394/11.8TYLSB.L1-8, 06-12-2012; 117/11.6TTFUN.L1-4, 10-10-2012; 061/03.7TTLSB.L1-4, 08-02-2012.

E na mesma senda é interessante referir o primeiro Acórdão no âmbito laboral sob o nº 000012, de 25/01/1980, que referiu: “(...) Nesta linha, à semelhança do que vem sendo entendido em casos semelhantes, na relação contratual de trabalho não é exigível à entidade empregadora que, continuamente, esteja a controlar o trabalhador por nele não depositar fundadamente confiança, por já ter sido violado o dever de lealdade. E este dever não é graduável em sede de sanção disciplinar, porque a entidade patronal, segundo as regras da experiência comum, estaria sempre suspeitosa, porque ‘quem faz um cesto faz um cento’ e ‘quem faz o menos, se as circunstâncias se proporcionarem, faz o mais’”.

<sup>245</sup> EMANUELA, FIATA: *Voce Fedeltà del lavoratore (obbligo di)*, in Enc. giur. Treccani, aggiorn., 2002, <http://www.studiolegalemartone.com/?p=41>, acedido em 24/05/2013.

dos negócios de terceiros em concorrência com o empregador, da proibição de divulgar informações confidenciais relativas a organização e às empresas de produção, e a este respeito da obrigação de confidencialidade ou sigilo.

A questão que releva sobre as consequências da violação do dever de lealdade, em qualquer dos casos, e em face de uma deslealdade, é o trabalhador passível de procedimento disciplinar e, em casos graves, ao despedimento com justa causa.

Também não se deve excluir a possibilidade de um comportamento contrário ao dever de lealdade possa levar a consequências que determinem a reparação dos danos causados à empresa, e o que na prática temos a tendência a perceber é que a violação da lealdade em qualquer conduta contrária aos interesses da empresa, ainda que potencialmente produtiva de dano, é também susceptível de constituir um delito nos termos dos artigos 621, 622 e 623 do Código Penal Italiano, que penaliza a revelação, respectivamente, de documentos, segredos comerciais e investigações.

Em Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores Espanhóis (ETE), não estabelece de forma positivada o dever de lealdade, nem o próprio Código Civil Espanhol (CCE), limitando-se a generalizar o princípio geral da boa fé, proclamado que está na alínea a), do artigo 5 do ETE, ou seja proclama a boa fé erradicando deste outros deveres acessórios, ainda que não normalizados a própria diligência imposta ao trabalhador, já impõe uma regra acessória de conduta regulada pela probidade e honestidade.

Quando no artigo 21 o ETE refere o pacto de não concorrência, teve o legislador espanhol o cuidado de ressaltar que os pactos de viciados pela concorrência desleal sem lealdade são vulneráveis de um incumprimento pelo trabalhador, e todavia, os deveres laborais do trabalhador devem ser desempenhados com a boa fé e diligência, e que mais não é que desempenhar as funções com honestidade, dedicação e profissionalismo.

No entanto, as razões para a investigação comparativa mostraram uma atitude conservadora da legislação Portuguesa, sobre o dever de lealdade no contexto comparativo perante a legislação Espanhola.

A jurisprudência constitucional espanhola declarou que os direitos fundamentais devem modular-se porque: *“têm que ser compatíveis com outros valores e parâmetros que têm a sua última origem no princípio da autonomia da vontade e que se manifestam através dos direitos e deveres que nascem da relação contratual criadas pelas partes, ou da correspondente situação jurídica”* (STC 177/1988).

Na sentença 120/1983 do STC, a doutrina jurisprudencial sustenta que: *“transcorreram mais de vinte anos, em que o princípio da boa fé contratual se mantém na jurisprudência constitucional aparentemente como condicionalismo ao limite adicional – ao exercício dos direitos fundamentais no seio das relações de trabalho com a função de modular ou flexibilizar esse exercício para permitir a satisfação dos legítimos interesse empresariais”*.<sup>246</sup>

Os deveres laborais do trabalhador, voluntariamente assumidos, devem ser cumpridos com base na boa fé, e o cumprimento obriga a evitar excessos desnecessários<sup>247</sup>, neste sentido o contrato de trabalho determina a sua consolidação.

Desde do ponto de vista formal, o dever de lealdade não está previsto no ordenamento jurídico espanhol, porém o número 1, do artigo 7 do Código Civil Espanhol (CCE) reconhece como princípio geral do Direito a boa fé, e nesta perspectiva estão implícitas as regras objectivas do respeito, honradez e lealdade, não só pelo tráfico jurídico, mas também pela moral, sendo que este preceito é reforçado pelo artigo 1258 do CCE, que dispõe que para realizar a integração dos negócios jurídicos deve considerar-se não só o que se pactuou, mas também *“todas as consequências que segundo a sua natureza sejam em conformidade com a boa fé”*.

O reconhecimento laboral da boa fé no Estatuto dos Trabalhadores (ETE) também está expresso, e no caso a aliena a), do artigo 5, estabelece como obrigação do trabalhador no cumprimento com os seus deveres laborais de acordo com as regras da boa fé e da diligência, e por outro lado o número 2, do artigo 20, dispõe o dever de uma colaboração e diligência com o empregador que marquem as disposições legais, convénios colectivos e as ordens ou instruções adoptadas, e finalmente a alínea d), do número 2, do artigo 54, que estabelece como causa de despedimento disciplinar, a transgressão grave e culpável da boa fé contratual, assim como o abuso de confiança.

Ora do ponto de vista material, tanto trabalhador como empregador, vinculados que estão por uma contrato de trabalho, estão reciprocamente obrigados ao cumprimento com *“coerência, lealdade e colaboração”*<sup>248</sup>, estando desta forma, esperam as partes uma

<sup>246</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *La pena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in Revista de Relaciones Laborales, 12, 2004, pág. 7.

<sup>247</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, Revista de Derecho Social, número 6, Ed. Bomarzo, Albacete, 1999, pág. 20.

<sup>248</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 39.



“actuação leal, fiando e confiando que na sua actuação seja social e contratualmente correcta”.<sup>249</sup>

A fecunda jurisprudência espanhola<sup>250</sup> particulariza e realça a deslealdade do trabalhador, enquanto infracção laboral equiparável à transgressão da boa fé contratual, pois vulnera os deveres de lealdade, probidade e confiança que são a inspiração do cumprimento de todo o contrato de trabalho, porque a essência da transgressão da boa fé contratual, ainda que não radique num dano económico relevante, vulnera a lealdade devida.

A relação do trabalho assalariado implica a existência de uma relação de subordinação durante o tempo de trabalho, e o empregador tem uma posição de liderança que pode impor aos direitos e liberdades dos trabalhadores restrições que podem ser permanentes ou temporárias, ainda que justificadas e proporcionadas ao objectivo do artigo L.1121-1 do Código do Trabalho Francês, (CTF), como por exemplo, na vida pessoal ou na vida privada: a liberdade religiosa, a liberdade de expressão/lealdade, liberdade de trabalho/cláusulas de não concorrência.

O dever de lealdade na legislação francesa está relacionado com o parágrafo 3, do artigo 1134 do Código Civil Francês, (CCF), retransmitida pelo artigo L1222-1 do CTF, que em si é *a priori* aplicável na presença de um acordo, ou seja um contrato de trabalho.

Em princípio, o dever de lealdade resultado natural do contrato de trabalho, que deve ser feito de boa fé, e conforme o artigo L1222-1 do CTF, consolida uma exigência necessária para ambas as partes reciprocamente, a boa fé objetiva é, do ponto de vista do ordenamento, o que os franceses denominam '*notion-quadre*', isto é, uma cláusula geral que permite ao julgador a realização do justo concreto, sem deixar de aplicar a lei.

A regra aplicável no contrato de trabalho é a prevista no L1222-1 do CTF ainda que a jurisprudência venha proporcionando um amplo desta obrigação, e que tem como primeiro desafio definir o conteúdo do dever de lealdade, porém o Tribunal Supremo (*Cour Cassación*) tem protegido a obrigação de não concorrência<sup>251</sup>, assim como o dever de confidencialidade de informação<sup>252</sup>, ou de segredo<sup>253</sup>, ou ainda pelo abuso de liberdade de expressão.<sup>254</sup>

<sup>249</sup> CONDE MARIN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 108.

<sup>250</sup> Sentença de TSJ Castilla y León (Valladolid), de 21/03/2012; Sentença nº 1520/2012 de TSJ Asturias (Oviedo) de 18/05/2012; Sentença nº 240/2011 de TSJ Asturias (Oviedo) de 21/01/2011; STC 6/1988; SSTC 106/1996, de 12 de Junho; 1/1998, de 12 de Janeiro; 90/1999, de 26 de Maio; 241/1999, de 20 de Dezembro; o 20/2002, de 28 de Janeiro.

<sup>251</sup> Cfr. Cassación Social, de 05/05/1971, nº70-40.

<sup>252</sup> Cfr. Cassación Social, de 30/06/1982, nº80-41.

<sup>253</sup> Cfr. Cassación Criminal, 04/11/1982, nº82-90.715.

<sup>254</sup> Cfr. CPH Boulogne-Billancourt 19/11/2010, R.G. nº09/00316.

A doutrina francesa tem como princípio nuclear a violação do dever de lealdade decorrente do dever de boa fé e é uma causa justa de rescisão contratual<sup>255</sup>, e no caso a doutrina francesa assinala a cessação contratual com base na violação do dever de lealdade.<sup>256</sup>

O dever de não concorrência pode ser descrito como um meio de ter o dever de lealdade executado integralmente, sem restringir o direito dos directores de se envolverem em negócios ou sem fins lucrativos, em actividades fora da empresa.<sup>257</sup>

Quanto ao critério material, o aspecto positivo do dever de não concorrência significa que um trabalhador pode ter uma actividade dentro de qualquer outra empresa que seja neutra com os interesses da empresa principal. O aspecto negativo desse dever significa que um trabalhador não pode exercer as suas actividades fora da empresa por conta da outra empresa, por exemplo, por estar ausente da empresa principal.<sup>258</sup>

Dentro do critério formal, o aspecto do dever de não concorrência requer que um trabalhador para divulgue as suas actividades dentro de qualquer outra empresa para o organismo de controlo da empresa. O aspecto material significa que as actividades de um trabalhador de fora da empresa não devem ter efeito negativo para a empresa.<sup>259</sup>

A presença do dever de não concorrência gera benefícios das empresas, onde o trabalhador mantém as suas actividades, e de acordo com este dever, cada empresa pode manter o trabalhador responsável se ele viola a obrigação de divulgar seu segundo trabalho.

Este dever também permite que o trabalhador tenha um segundo emprego, e se for feita a divulgação com antecedência aos organismos de controlo da empresa, autorizando as suas actividades.<sup>260</sup>

O factor-chave que determina, ou não, se existe um possível conflito de interesses ou conflitos de deveres, será a questão da confidencialidade. Se o dever de confidencialidade for seguido ou se o trabalhador participa de uma actividade que seja diferente das actividades da empresa principal, não há problemas da manutenção de ambos os empregos.<sup>261</sup>

O dever de não concorrência irá permanecer, enquanto o profissional tiver o cargo, e a renúncia a este cargo determinará o término deste dever e o ex-trabalhador terá direito a tomar um novo emprego, sem a necessidade de fazer qualquer divulgação à sua antiga empresa.

<sup>255</sup> Cfr. Cassación Social, 12/10/2011, Recurso nº10-16649.

<sup>256</sup> PÉCAUT-RIVOLIER, L.: *Donner l'information: les obligations du salarié*, Revue de Droit Social, nº 2, Février 2013, pág. 109.

<sup>257</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 69-70.

<sup>258</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 71.

<sup>259</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 91-93.

<sup>260</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 74.

<sup>261</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 44-47.

Note-se que a rescisão do dever de não concorrência não tem efeito sobre o dever geral de lealdade.<sup>262</sup>

O ordenamento jurídico estabelece que, nos casos do não cumprimento do dever de não concorrência, a indemnização seja paga por todos os danos sofridos pela empresa, como resultado de violações da lei, ou do contrato de trabalho, ou dos estatutos, ou de outros actos ilícitos cometidos pela administração no exercício das suas funções.<sup>263</sup>

A responsabilidade da empresa é, principalmente, uma responsabilidade decorrente de um contrato com base nos erros cometidos pelo administrador, no exercício das suas funções.

A empresa, que sofreu perdas e danos, deve provar que houve violações do dever de lealdade ou de outras funções e quais foram as consequências para a empresa dos resultados destas violações.<sup>264</sup>

Desta forma, os deveres de lealdade e de não concorrência dos trabalhadores são devidos à empresa, e qualquer perda resultante de violações destes deveres serão presumidos, como perdas e danos para a empresa, ou seja, a empresa torna-se o pólo activo da acção processual, contra os trabalhadores, que estarão no pólo passivo da acção.<sup>265</sup>

Nos processos em que for provada a violação dos deveres de lealdade e de não concorrência, a presunção de culpa se estende a todos os directores, e cada director do conselho da administração da empresa será solidariamente responsável sem limite. Não há excepções à regra de responsabilidade ilimitada. No que diz respeito as possibilidades de recurso, a questão foi deixada ao critério dos Estados-Membros.<sup>266</sup>

A questão do comportamento empresarial socialmente responsável tem atraído a atenção nos últimos anos, e seria útil continuar a investigação sobre os deveres dos administradores em potencial. Porém, ainda é questionável se existe uma necessidade de existir a responsabilidade extracontratual e a questão dos recursos regidos pelo direito das sociedades da UE.<sup>267</sup>

A protecção legal da liberdade de expressão, em diversas ocasiões, tem examinado práticas desleais pelos trabalhadores e tem-se esforçado por diferenciar as denúncias apresentadas, e entre elas destacam-se as divulgações de práticas de peculato relativas à vida

<sup>262</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 48-49.

<sup>263</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 50-51.

<sup>264</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 50-54.

<sup>265</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 50-52.

<sup>266</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 56-59.

<sup>267</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 60-63.

da empresa, e o trabalhador estar de boa fé<sup>268</sup>, contudo realça-se que os trabalhadores, e enquanto cidadãos e com o direito que lhe assiste quanto à liberdade de expressão não podem ser privados de a exercer pelos empregadores, e desde 1988, que o Tribunal estendeu o direito de expressão também poderá ser exercido para além do tempo e local de trabalho, uma vez que não dê origem a abusos, porque os trabalhadores que sejam acusados de denegrir a imagem dos empregadores indevidamente, consolidam a violação do dever de lealdade.<sup>269</sup>

O TEDH na esteira, aliás, de jurisprudência abundante, onde se contam várias decisões condenando o Estado Português, considerou que estando em causa a liberdade de expressão em matéria científica e portanto, em matéria de relevante interesse público, a liberdade de expressão goza de uma ampla latitude, só se justificando uma ingerência restritiva do Estado, mesmo por meio dos tribunais, desde que a restrição constitua uma providência necessária, numa sociedade democrática, entre outros objectivos, para garantir a protecção da honra ou dos direitos de outrem, em conformidade com o número 2, do artigo 10 da Convenção, sendo que essa excepção tem de corresponder a uma “*necessidade social imperiosa*”.<sup>270</sup>

De facto, as questões sobre o relacionamento entre liberdade religiosa e princípio da igualdade nas relações laborais foram, desde cedo, uma preocupação para o direito comunitário com origem no Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 1976, *caso Vivien Prais*<sup>271</sup> contra Conselho das Comunidades Europeias, colocava-se a questão da legitimidade do comportamento da Comissão ao fixar o calendário das provas de um concurso para admissão de funcionários comunitários sem ter em consideração a sua coincidência com a Páscoa hebraica.

No caso português julgamos que a legislação que regula os feriados e o descanso semanal não tem qualquer intento discriminatório, e tal como em grande parte dos países europeus, apenas se pretende consentir às pessoas que pertencem à religião com maior tradição no país de fruir do repouso semanal e dos feriados nos dias mais significativos para esta confissão religiosa. No caso da fixação do domingo como dia de descanso semanal obrigatório parece que os interesses religiosos não são absolutamente determinantes, já que a finalidade principal é a de consentir às pessoas a concretização da sua vida familiar, cultural e social num idêntico dia da semana.

<sup>268</sup> Cfr. Cassación Social 08/11/2006 nº05-41504.

<sup>269</sup> SAMSON, MÉLANIE, et BRUNELLE, CHRISTIEN: *La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : étude empirique de l'incidence des chartes*, Les Cahiers de Droit, vol. 48, nº 1-2, 2007, p. 281-321. in <http://id.erudit.org/iderudit/043931ar>, acesso em 22/05/2013.

<sup>270</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 23/04/2009.

<sup>271</sup> Processo 130-75, disponível em [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) já decidiu sobre este assunto no caso *Konttinen*<sup>272</sup> relativo à contenda entre o empregador e um trabalhador que se converteu à Igreja Adventista do Sétimo Dia e que reclamava não trabalhar a partir do pôr-do-sol de sexta-feira até ao pôr-do-sol de sábado “*Sabbat*”, tendo acabado por ser despedido por faltas; o tribunal decidiu que o que estava em causa era um despedimento por faltas ao trabalho e não um despedimento motivado pelas convicções religiosas do trabalhador. Considerou mesmo que, em caso de incompatibilidade entre a religião e o trabalho, o trabalhador sempre teria a liberdade de se demitir.

Trata-se claramente de uma resposta oblíqua e insatisfatória baseada numa argumentação muito distorcida face à dimensão do problema à luz da protecção da liberdade religiosa.

Também o TEDH se tem pronunciado sobre a utilização de símbolos religiosos, e no caso *Dahlab vs. Suíça*<sup>273</sup>, face à pretensão de uma professora do ensino básico que pretendia usar lenço de cabeça islâmico, o TEDH considerou que o uso do lenço não era compatível com a igualdade dos géneros, cuja concretização deve ser prosseguida pelos Estados-Membros da Convenção, e que, por outro lado, seria um sinal muito forte para usar frente a crianças facilmente, e mais recentemente.<sup>274</sup>

Mas o TEDH vem fazendo referência à violação do dever de lealdade, para além da liberdade de religião, o exercício de expressão e de divulgar livremente o pensamento e informação, denota o reconhecimento de que tais direitos não são exclusivos das ordens jurídicas internas, mas sim que correspondem a uma matriz civilizacional com expressão em diversos instrumentos internacionais.

O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

<sup>272</sup> Sentença do TEDH: Tuomo Konttinen versus Finlândia, de 03/12/1996, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>273</sup> Sentença do TEDH: Lucia Dahlab vs. Suíça, de 15/02/2001, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>274</sup> Sentença do TEDH: Eweida and others v. The United Kingdom, de 15/01/2013, disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int>.

Não sendo tais direitos absolutos, como claramente é inculcado nos números 2, dos artigos 8 e 10, da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), nem se encontrando estabelecida nenhuma hierarquia, levanta-se toda uma problemática relativamente à conflitualidade latente entre eles, a qual vai sendo resolvida segundo critérios casuísticos e, não raras vezes, com diferenciadas soluções de jurisdição para jurisdição ou mesmo dentro da mesma jurisdição.

No espaço judicial europeu, em função da vinculação à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o TEDH tem vindo a debruçar-se sobre tal problemática, elaborando uma jurisprudência que permite já assegurar um mínimo de uniformidade no tratamento e resolução dessa problemática, e onde podemos encontrar linhas de orientação fundamentais para a abordagem das situações concretas que vão sendo colocadas à apreciação dos tribunais.

A liberdade de expressão, consagrada no artigo 10 da Convenção, constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, baseada no pluralismo, tolerância e abertura de espírito, e é uma das condições básicas para o progresso dessa sociedade e para a realização pessoal de cada um dos seus membros<sup>275</sup>, e pode constituir-se como um dos principais meios de assegurar o gozo efectivo de outras liberdades fundamentais, designadamente a liberdade de reunião e de associação<sup>276</sup>, liberdade ofensiva e injuriosa<sup>277</sup>, no domínio das relações de trabalho, públicas e privadas<sup>278</sup>, a garantia de liberdade de expressão relativamente á comunicação social, (imprensa) reveste-se de uma particular importância dado o papel desta última numa sociedade democrática, onde se impõe pluralismo de ideias<sup>279</sup>, todavia o exercício da liberdade de expressão comporta deveres, fundamentalmente de respeito pelos valores previstos no número 2, do artigo 10 da Convenção, e responsabilidades, e em particular no caso de afirmações destituídas de fundamento factual ou proferidas de má fé.<sup>280</sup>

<sup>275</sup> Sentenças do TEDH: Palomo Sanchez e outros c. Espanha (29955/06); Lopes Gomes da Silva c. Portugal (37698/97); Azevedo c. Portugal (20620/04); Roseiro Bento c. Portugal (29288/02); Almeida Azevedo c. Portugal (43924/02) e Alves da Silva c. Portugal (41665/07).

<sup>276</sup> Sentenças do TEDH: Palomo Sanchez e outros c. Espanha (29955/06); Barraco c. França (31684/05).

<sup>277</sup> Sentenças do TEDH: Palomo Sanchez e outros c. Espanha (29955/06); Wizerkaniuk c. Polónia (18990/05); Steel e Morris c. Reino Unido (68416/01); Lopes Gomes da Silva c. Portugal (37698/97); Alves da Silva c. Portugal (41665/07).

<sup>278</sup> Sentenças do TEDH: Heinisch c. Alemanha (28274/08); Fuentes Bobo c. Espanha (39293/98).

<sup>279</sup> Sentenças do TEDH: Fressoz e Roire c. França (29183/95); Pinto Coelho c. Portugal (28439/08); Lopes Gomes da Silva c. Portugal (37698/97).

<sup>280</sup> Sentenças do TEDH: Dupuis e outros c. França (1914/02); Campos Dâmaso c. Portugal (17107/05); Pinto Coelho c. Portugal (28349/08); The Observer e Guardian c. Reino Unido, Bladet Tromsø e Stensaa c. Noruega (21980/93); Castells c. Espanha e Heinisch c. Alemanha (28274/08).

### 3. O estado da questão nos estudos doutriniais

Aportando elementos concretos que assinalam com alguma clareza o desequilíbrio a doutrina laboral expressa que: *“onde falta lealdade e boa fé devidas, há um incumprimento e não há um exercício de um direito, nem fundamental nem ordinário; e não pode haver protecção, mas sim sanção”*<sup>281</sup>, agregando que em situações de abuso ou má fé, existirá um incumprimento.

Resumem-se estes factos à razão implícita neste estudo, é que: *“os direitos fundamentais, não só se limitam pelos próprios direitos constitucionais, mas também pelos bens constitucionalmente reconhecidos ou protegidos, assim como pelos bens que desfrutam por uma protecção infraconstitucional, como a boa fé contratual”*.<sup>282</sup>

Neste estudo pretendemos apresentar a lealdade como o contraponto da confiança, ou, pelo menos, daquela que seja originada por uma conduta humana. A relação de lealdade envolve uma relação de confiança na qual, o pólo activo, o que suscita a confiança -, é precisamente o indivíduo leal.

A correcção dá as margens externas máximas de lealdade: fora delas não surgem qualidades, mas vamos aqui mais longe: a previsibilidade, com a inerente confiança, exige um recorte mais estreito. Quem, dentro do correcto, actue imprevisivelmente, não é leal. A lealdade exige, num âmbito de legalidade, uma atitude especificamente conforme com as expectativas do caso.

Não é possível distinguir uma lealdade extra-jurídica a qual seria, depois, acolhida pelo ordenamento, pois as necessidades de análise que nos levam a isolar, no humano, um plano especificamente jurídico não correspondem à realidade. O humano é social: logo, jurídico.

Os sentimentos ligados à lealdade, seja como algo que se pode exigir a outrem, seja como uma realidade que devemos aos nossos semelhantes, estão, na sua génese, ligados a uma ideia de ética normativa na conduta exterior, porque o ser humano é leal porque se sente, intrinsecamente, um *homo juridicus*: deve e pode exigir.

A doutrina, hoje em dia, critica a concepção comunitária pessoal<sup>283</sup> da relação de trabalho, relação essa que viu surgir os deveres clássicos de lealdade e de assistência, não

<sup>281</sup> MONTROYA, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 83.

<sup>282</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *La pena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in *Revista de Relaciones Laborales*, 12, 2004, pág. 147.

<sup>283</sup> É nossa convicção que elemento da pessoalidade explica que a lealdade do trabalhador no contrato de trabalho seja, até certo ponto, uma lealdade pessoal, cuja quebra grave pode constituir motivo para a cessação do contrato. É este elemento de pessoalidade, traduzido na lealdade pessoal, que justifica, por exemplo, o relevo de condutas

obstante, o dever de lealdade mantém-se, como dever acessório legal reforçado, a cargo do trabalhador e pela razão fiduciária que “*alimenta*” o contrato de trabalho, um dever recíproco do empregador.

Ressalte-se a nova concepção doutrinal e jurisprudencial dá proeminência aos princípios da equidade, da função social do contrato do contrato de trabalho, do dever de lealdade e da transparência, como fundamento de protecção e harmonização dos interesses de toda e qualquer relação jurídica, e em especial, a relação de trabalho, até porque, no século XXI pensar em justiça social é pensar na própria justiça, e tanto quanto pretendemos, é propósito desta investigação aprofundar um novo rumo do dever de lealdade nas relações laborais, não só pela evidente fragilidade do trabalhador, na medida em que ocupa uma posição de hipossuficiência mas também pela primazia de uma cada vez mais importante realidade da relação jurídica com o empregador.

Assim, o contrato de trabalho deve ser caracterizado pela cooperação e colaboração entre as partes, de uma forma sinalagmática e equilibrada, com a limitação do exercício de direitos que regem os contratos de trabalho invocada pela lealdade a actuar em campos como a “*exceptio doli*”<sup>284</sup>, da teoria francesa do “*abuso do direito*”<sup>285</sup>, das teorias “*venire contra factum proprium suppressio*”, ou seja esses temas e respectivas ramificações não serão abordados neste trabalho, porém, esta última teoria tem a função nuclear de definir os conteúdos, pois ao Direito e mesmo às cláusulas contratuais não é possível definir todas as alternativas fácticas, e no caso em apreço não é possível uma norma que defina todas as condutas dos trabalhadores ou dos empregadores, e ainda que possam ser contraditórias na relação sinalagmática e bilateral em todas as fases do contrato.

É importante para o propósito deste trabalho invocar a doutrina francesa, que recentemente vem salientando como forma consolidada na evolução construtiva da jurisprudência da Corte de Cassação<sup>286</sup>, no sentido de admitir que a obrigação de lealdade

---

extra-laborais do trabalhador graves para efeitos de configuração de uma situação de justa causa de despedimento, bem como o relevo da perda da confiança pessoal do empregador no trabalhador para o mesmo efeito.

<sup>284</sup> E por essa teoria é conceptualizado a proibição de agir de forma a prejudicar o outro, embora que a conduta seja resguardada por uma norma jurídica.

<sup>285</sup> É fruto de construção francesa, e para a doutrina portuguesa: “(...) a ideia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um. O abuso do direito é uma figura de grau elevado de abstracção. Está-lhe ligado o conceito de direito subjectivo, ele próprio muito abstracto. (...) A condenação de certos comportamentos, por abusivos, alicerça-se, pois, no espaço jurídico francês, em cisão com dados culturais romanísticos (...)”; MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 683-684.

<sup>286</sup> Cfr. sentença da Cour de Cassation, Chambre Sociale, N° 10-16649, de 12/10/2011.



durante o contrato de trabalho não é questionável, nem quando motivada pela suspensão do contrato, pois a mesma é decorrente de executar o contrato de trabalho pelos ditames da boa fé, e se a deslealdade é justificada, o trabalhador incorre em despedimento com justa causa.

Assim, se um trabalhador cujo contrato de trabalho é suspenso ignora o dever de lealdade ou obrigação de sigilo está faltando de facto a uma das suas obrigações profissionais, o que permite ao empregador puni-lo<sup>287</sup>, aliás é o dever de lealdade que abre mais oportunidades de aplicabilidade<sup>288</sup>, e de facto a doutrina é geralmente aceite a reconhecer a existência de este dever de lealdade decorrente do artigo 1134 do CCF, sob que os acordos devem ser realizadas de boa fé.

Para a doutrina francesa o conceito de lealdade é o expoente máximo que caracteriza os abusos, seja de trabalhadores, seja de empregadores, pelo que “*as manobras desleais apreciadas, têm uma duração duradoura*”<sup>289</sup>, e no mesmo sentido é acentuado que a regra “*é válida com base na violação do dever de lealdade*”.<sup>290</sup>

A lealdade não é sinónima de obediência cega, a lealdade significa fazer críticas construtivas, mas mantê-las dentro do âmbito da organização, e que significa agir com a convicção de que o seu comportamento vai promover os legítimos interesses da empresa, pelo que ser leal às vezes pode significar a recusa em fazer algo que o trabalhador acha que poderá prejudicar a empresa, a equipa de trabalhadores envolvidos.

Tomar a iniciativa de fazer algo no interesse da organização significa ao mesmo tempo, demonstrar lealdade pela empresa. Num contexto de empregabilidade, tomar iniciativas não quer dizer apenas iniciar um projecto no interesse da empresa ou da equipa, mas também e sobretudo, assumir responsabilidade por sua complementaridade e implementação.

<sup>287</sup> Cfr. decisão da Cour de Cassation, Chambre Sociale, n° 04-47558, *Bull. V*, n° 256, de 12/07/2006.

<sup>288</sup> “*Pour des applications de ce principe au cas de suspension du contrat de travail pour maladie*”: cfr. sentenças da Cassação Social, 21/03/2000, n° 97-44370, *Bull. V*, n° 115; Cassação Social, 27/06/2000, n° 98-40952, *Bull. V*, n° 249.

<sup>289</sup> J. LE GOFF: *Droit du travail et société, Tome 2, Les relations collectives de travail*, PUR, 2002, pág. 322.

<sup>290</sup> PÉCAUT-RIVOLIER, L.: *Donner l'information: les obligations du salarié*, *Revue de Droit Social*, n° 2, Février 2013, pág. 109, ao comentar a sentença da Cour de Cassation, Chambre Sociale, n° 03-40.734, de 20/04/2005. E no mesmo sentido TILLOY, C.: *Suspension du contrat. Régime de droit commun*, *Jurisclasseur Travail*, Fasc. 28-1, (22). “(...) N'est pas remis en question le principe aujourd'hui consacré qu'il y a persistance de l'obligation de loyauté durant l'arrêt de travail, les juristes patronaux comme les auteurs classiques faisant dériver le devoir de loyauté de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail. La violation de l'obligation de loyauté dérivant du devoir de bonne foi constitue un motif valable de congédiement. La suspension du contrat de travail dispense les parties d'exécuter, le temps du congé, leurs obligations principales. Pourtant, les obligations dites secondaires et qui sont généralement rattachées au devoir de loyauté et à l'obligation de bonne foi, subsistent”.

Ou, seja, a lealdade só existe por completo, pois trata-se de um conceito digital! Isto é, ou há lealdade ou há deslealdade.

Ser leal é o mínimo que se pode ser, e sendo o dever de lealdade um dever acessório que implica cooperação, pressupõe acções de reciprocidade da própria lealdade no seio da relação contratual, pelo que a violação implica em inadimplemento do contrato de trabalho ou de outra qualquer tramitação negocial.

A primeira obrigação do trabalhador é exercer com zelo e dedicação as atribuições da função, e uma vez investido na função, tem de esforçar-se por dar o máximo de si para o bom e fiel cumprimento das suas obrigações, não podendo agir com desleixo ou indiferença. A dedicação refere-se ao cargo, ao serviço público, e não ao detentor do poder temporário, ou seja à função para a qual foi escolhido.

De igual forma, tem de ser leal à empresa a que servir; à empresa, e não às pessoas, às autoridades, sendo que a lealdade pessoal afronta o princípio constitucional da impessoalidade, e é ser fiel às regras que norteiam a honra e a probidade na relação laboral, e não se pode confundir com servilismo ou subserviência, que caracterizam indesejáveis desvios de conduta, e que marcaram uma época nas relações laborais.

Percepcionamos, que conseguimos um papel decisivo na pesquisa das relações laborais em Portugal e Espanha, em alguns casos pelas lacunas incipientes na terminologia, com uma comparação dos direitos sociais e jurídicos do dever de lealdade enquanto acessório da boa fé contratual -, porém e tal como refere alguma doutrina, o dever de lealdade terá uma amplitude, como aliás já o abordámos, superior à simples boa fé.<sup>291</sup>

Denota-se pela investigação deste estudo a incipiente doutrina recente sobre o dever de lealdade nas relações laborais, com laivos de concepção comunitário-pessoal, pois como é comum nos países ibéricos a retribuição e a actividade são o núcleo essencial do contrato de trabalho, impelindo o dever de lealdade para a categoria de acessório, bem como reconhecer uma concepção do elemento comunitário no contrato de trabalho preconiza uma certa dose antagónica devido ao conflito de interesses que hoje em dia estão subjacentes ao fenómeno das relações laborais, recheado de que está de conflitos na universalidade privatística do vínculo laboral.

Esta atitude tem levado a um afastamento dos resíduos comunitários de forma a construir um dever de lealdade com base legal, pouco sólida, diga-se, tanto mais que o único

---

<sup>291</sup> MENÉNDEZ PIDAL, J.: *La Lealtad en el Contrato de Trabajo*, Revista General de Legislacion y Jurisprudência, Ed. Reus, 1961, pág. 17.

suporte residia na epígrafe do artigo 2105 do CCI<sup>292</sup>, e assume hoje na doutrina portuguesa no ponto de vista da sua eficácia, um dever forte omnipresente durante a vigência do contrato de trabalho e após a cessação, isto é dotado de uma “*característica de pós-eficácia*”.<sup>293</sup>

A doutrina espanhola determina que as notas que caracterizam o contrato de trabalho, supõem que o trabalhador exerce o seu trabalho num dever de boa fé contratual e com um dever de obediência as legítimas instruções que recebe do empregador, que deve proteger sua vida e integridade, e a necessidade de que actue conforme o sentido da produtividade e o respeito aos interesses económicos do empresário.<sup>294</sup>

A doutrina jurisprudencial do TCE tem acentuado a imposição do dever de lealdade nas relações laborais através de inúmeras sentenças que iremos abordar na sequência desta investigação, com a aplicação do dever judicial de promover na realização da efectiva aplicabilidade dos elementos acessórios da boa fé, através de uma tutela jurisdicional, não de carácter moral, mas sim de um dever jurídico constitucional, com o objectivo obrigacional de protecção eficaz dos direitos fundamentais

Dentro dessa linha de orientação, decidiu o TCE que as normas que abrangem os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer os ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.<sup>295</sup>

A doutrina laboral espanhola determina uma total aplicação dos direitos fundamentais na relação laboral, ou seja, os direitos fundamentais têm uma forma de aplicabilidade especial, o que significa que esses mesmos direitos são exercidos na própria relação individual de trabalho, da mesma forma que fora dessa relação contratual.

Dir-se-á que, “*determinadas manifestações das liberdades públicas que gozam os cidadãos não são legítimas na relação laboral, e precisamente em virtude das obrigações assumidas no contrato*”.<sup>296</sup>

<sup>292</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 233; na mesma linha: PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 420 e ss;

<sup>293</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 437; MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 625 e ss.

<sup>294</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. et al.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2006, pág. 483.

<sup>295</sup> Cfr. sentença nº 57, de 08/05/1984.

<sup>296</sup> DE VICENTE PACHES, F.: *El Derecho del trabajador al respeto a su intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Sociales, 1988, pág. 48.

Traduzindo-se as presunções judiciais em juízos de valor formulados perante os factos provados, as mesmas referem-se ao julgamento da matéria de facto.

O exercício da *liberdade de trabalho*, entendido como a liberdade de escolha da profissão ou do género de trabalho, dependente ou independente, em qualquer das suas modalidades ou expressões, concretiza o princípio constitucional do direito ao trabalho, com assento nos artigos 47 e 58 da CRP.

O dever de lealdade, enquanto dever orientador geral da conduta do trabalhador no cumprimento do contrato, concretiza-se, essencialmente, no dever de não concorrência e no dever de sigilo, pelo que o despedimento-sanção é a solução postulada sempre que, na *análise diferencial* concreta dos interesses em presença, se conclua, – num juízo de probabilidade/prognose sobre a viabilidade do vínculo, basicamente dirigido ao suporte psicológico e fiduciário que a interacção relacional pressupõe –, que a permanência do contrato constitui objectivamente uma insuportável e injusta imposição ao empregador, ferindo, desmesurada e violentamente, a sensibilidade e liberdade psicológica de uma pessoa normal colocada na posição do real empregador.

Em geral, o dever de fidelidade, de lealdade ou de *"execução leal"*<sup>297</sup> têm o sentido de garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre a sua obrigação representa de facto a utilidade visada, vedando-lhe comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que, autonomamente, determinem situações de *"perigo"* (...) para o interesse do empregador ou para a organização técnico-laboral da empresa (...), sendo que, nos cargos de direcção ou de confiança, *“a obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador, o que aponta no sentido de que «o dever geral de lealdade tem uma faceta subjectiva que decorre da sua estreita relação com a permanência de confiança entre as partes (nos casos em que este elemento pode considerar-se suporte essencial de celebração do contrato e da continuidade das relações que nele se fundam)”* e que, encarado de um outro ângulo, *“apresenta também uma faceta objectiva, que se reconduz à necessidade do ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio da boa fé no cumprimento das obrigações”,* e *“com o sentido que lhe é sinalizado pelo artigo 126/1 CTP”,* donde promana, *“no que especialmente respeita ao trabalhador, o imperativo de uma certa adequação funcional – razão pela qual se lhe atribui um cariz marcadamente objectivo –, da sua conduta à realização do interesse do empregador, na medida em que esse interesse*

<sup>297</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: citado e referido no Ac. STJ de 14/07/2010, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*esteja "no contrato", isto é, tenha a sua satisfação dependente do cumprimento (e do modo do cumprimento) da obrigação assumida pela contraparte".*<sup>298</sup>

Tendo presentes os vários domínios em que se desdobra a temática *juslaboral*, é necessário reconhecer que o grande peso regulamentar da CRP se faz sentir sobretudo na área do chamado Direito Colectivo, e a lei fundamental não se limita aí a definir grandes princípios enquadrantes ou estruturantes: assume antes, um papel directamente conformador quanto a alguns temas, como o das organizações de trabalhadores e dos conflitos colectivos, e o tratamento de problemas relativos a qualquer desses domínios implica, quase sempre, a utilização de preceitos constitucionais.

Funcionando basicamente a título de referência valorativa, e não já como dispositivo regulamentar, surge o complexo normativo que sobretudo respeita à dimensão individual do trabalho: a liberdade de escolha de profissão (artigo 47/1), a segurança no emprego (artigo 53), o direito ao trabalho e o dever de trabalhar (artigo 58/1 e 2) e, em geral, os direitos dos trabalhadores (artigo 59).

A diferente postura do legislador constitucional perante as áreas do colectivo e do individual pode compreender-se, prescindindo de outras perspectivas, nomeadamente a ideológica –, à luz das exigências operatórias que se impunham à lei fundamental no processo de transição do sistema corporativo para o regime laboral democrático.

O dever de lealdade manifesta-se hoje, basicamente, nos deveres de não concorrência e de sigilo profissional, sendo expressão da boa fé contratual e significando que o trabalhador não deverá aproveitar-se da posição funcional que ocupa na empresa em detrimento do empregador, seja desviando a sua clientela, ou revelando segredos à concorrência,<sup>299</sup> e naturalmente que esse dever de lealdade não apresenta, sempre, o mesmo conteúdo, pelo contrário, este varia em função da natureza das funções do trabalhador, sendo mais acentuado quanto mais qualificadas forem as funções desempenhadas pelo trabalhador na organização técnico-laboral do empregador, e coerentemente com o acabado de afirmar, o juízo de censura dirigido ao trabalhador não tem de ser sempre igual, devendo ser tanto mais severo quanto mais elevado for o grau de confiança estabelecido entre as partes, objectivado nas funções confiadas ao trabalhador na respectiva estrutura organizativa da empresa.

A impossibilidade de subsistência da relação laboral é entendida pela doutrina como uma inexigibilidade para o empregador de manter o trabalhador ao seu serviço, face a todas as

<sup>298</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 12.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2005, págs. 231-234.

<sup>299</sup> AMADO LEAL, J.: *Contrato de Trabalho*, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra Editora, 2009, pág. 386.

circunstâncias do caso e tendo em atenção as regras da boa fé e da razoabilidade.<sup>300</sup>

O dever acessório autónomo de lealdade<sup>301</sup>, em qualquer das suas dimensões, *maxime* repercute negativamente no prejuízo para a boa imagem institucional da entidade empregadora, e estipulado que está no CTP e de forma lateral no ETE, é unanimemente praticada pela jurisprudência, tanto portuguesa quanto espanhola, percutindo-lhe uma aplicabilidade extensiva que produz efeitos para além do compromisso e exigência do dever de não concorrência e dever de sigilo, ou seja, a lealdade, caracterize-se o contrato de trabalho através de um acento tónico no elemento fiduciário, ou afaste-se este elemento -, acentuando-se um estado de confiança entre as partes, o que é facto é que a jurisprudência tem enfatizado os ingredientes fiduciários na relação jurídico-laboral, e para os quais o dever geral de lealdade assume uma utilidade estruturante.

#### **4. Aproximação preliminar ao conceito de lealdade**

As pretensões e autonomia dos trabalhadores continuam, e perante o decorrer da história do Direito do Trabalho, a estar submetidas ao interesse alheio, conforme anotou a doutrina espanhola: “(...) *la libertad jurídica del trabajador se veía oscurecida en la práctica por la necesidad que el obrero tenía de aceptar las condiciones contractuales que le fijaba el empresario, si outra alternativa que la del paro y la miséria*”.<sup>302</sup>

Modernamente, o eventual *status* de inferioridade e privação do trabalhador encontra um resguardo na forma jurídica do contrato de trabalho e nas relações colectivas, de forma que a sujeição possa estar salvaguardada através de um pacto laboral, podendo cessar posteriormente.

A conexão do dever de lealdade, enquanto dever acessório do dever de boa fé, com outros deveres dos trabalhadores vai para além<sup>303</sup> de um simples dever, pois a extensão e intensidade de vínculo do trabalhador determina uma premissa fundamental, que é o cumprimento do contrato de trabalho.

O princípio da boa fé, como preceito aferidor das relações jurídicas, está presente desde o Direito Romano, onde recebeu uma série de entendimentos, de acordo com as influências filosóficas, bem como conforme o campo do Direito onde o instituto se fixou, e

<sup>300</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 585.

<sup>301</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 420-422.

<sup>302</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, 2001, pág. 65.

<sup>303</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y Otros: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Sevilla, 1977, pág. 90.

expressava a valorização do comportamento ético, o dever de lealdade, de cumprimento da palavra empenhada, originando-se, daí, a noção ético-social do conceito jurídico da boa fé. Tratava-se da boa fé em sentido objectivo, sem qualquer conotação moral, e no período romano clássico, a boa fé, então compreendida como o respeito à palavra dada, tinha a particularidade de vincular as partes nas relações negociais, mesmo quando inexistente uma ordem jurídica que as regulasse, e manter-se-ia numa amplitude transversal ao negócio jurídico, ou seja, representava um princípio geral com uma estrutura globalizada.

Posteriormente, na cultura germânica, a boa fé assumiu uma outra conotação, a de lealdade e crença no sentido da garantia a manutenção da palavra dada, referindo-se à noção de lealdade, de confiança geral, fazendo surgir a ideia de abstracção ao comportamento segundo a boa fé, afastando-se de uma raiz subjectivista ligada ao exame do estado psicológico do sujeito.

Hoje em dia a boa fé deve ser interpretada de forma a privilegiar as cláusulas contratuais consentâneas com o objectivo do negócio, e no caso e em particular do contrato de trabalho.

As cláusulas gerais são instrumentos que possibilitam ao intérprete e ao aplicador do Direito melhores condições de resolução dos casos concretos.

Elas têm fundamental importância na aplicação do Direito, posto que se torna inviável para o legislador prever e regular de modo completo e preciso todas as situações e conflitos que exijam uma solução.

Nos ordenamentos que fazem uso da boa fé como cláusula geral, a prática tem demonstrado que ela é um instrumento que tem permitido uma verdadeira abertura do sistema codificado, inclusive para o efeito de modificar os tradicionais paradigmas de estudo das fontes de produção jurídica e que resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo.

E daí que como cláusula geral, a boa fé é um critério valorativo de apreciação e hermenêutica da norma e da vontade das partes, que serve para a aferição exacta do manifestado no negócio jurídico. Interpretada a vontade com vistas à boa fé, dá-se consistência ao conteúdo do negócio jurídico celebrado, já que, investigando-se os objectivos das partes contratantes, o resultado pode fornecer um panorama no qual se constate indícios de má-fé ou deslealdade, pelo que nestes termos, entendida como cláusula geral, a boa fé tem

sido considerada a matriz de uma verdadeira mudança dogmática, através da qual os conflitos entre valores e interesses opostos podem ser regulados de forma flexível e dinâmica.

A legislação Francesa e Espanhola admitem o princípio geral da boa fé numa atitude perfeitamente definida através da codificação laboral, e dessa forma, o dever de lealdade tem de ser interpretado pela boa fé objectiva em juízo comparativo com o paradigma ético, para que o poder judicial possa inferir as condutas nocivas e impor o seu juízo, razões pelas quais os tribunais recorrem frequentemente à lealdade para eliminar a lacuna normativa, e na verdade, a interpretação objectiva é etapa lógica necessária para a pura aplicação da boa fé objectiva.

É assim possível visualizar na integração uma nascente de onde se justifiquem os deveres acessórios uma vez que não decorrem directamente da vontade das partes e, não necessariamente, da norma de imperativa imediata, ou seja, função integrativa da boa fé objectiva institui deveres, obrigações, direitos e pretensões não existentes de forma explícita na relação jurídica versada nem da regra imediata, por sua vez, a função integrativa permite impor que as eventuais lacunas existentes num dado sistema jurídico sejam preenchidas e colmatadas por regras concretas que só prestigiam o dever de lealdade, bem assim como a transparência, informação e probidade, concertando-se plenamente com a concepção da boa fé, aliás, tal como os tribunais espanhóis vêm acentuando, e ainda que o dever de lealdade assumia uma transcendência maior perante o trabalhador<sup>304</sup>, não deixa de ser relevante que cabe também ao empregador uma exigência leal para com a outra parte.<sup>305</sup>

O dever de lealdade, isto é, o dever de proceder como um “*representante leal*”, requer que o empregador coloque os interesses da empresa, aos seus próprios interesses, de forma a minimizar a melhor e mais diligência possível junto dos trabalhadores, pois o âmbito de responsabilidades que advém ao empregador, há-de configurar-se ao dever de diligência que assumiu no início da relação laboral.

Um incumprimento do dever de boa fé que a aliena a), do artigo 5, e do número 2, do artigo 20 do ETE, contemplam relevantemente no âmbito da relação laboral, o carácter de reciprocidade que manifesta que a jurisprudência tem assinalado, e deste modo a transgressão da boa fé contratual, assim como o abuso de confiança no desempenho do seu trabalho, consideram-se como particulares incumprimentos por parte do trabalhador, mas não é de

<sup>304</sup> Cfr. sentenças: nº 87/2012 de TSJ Aragón (Zaragoza), Sala de lo Social, 29/02/2012; Sentencia de TSJ Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Social, 2/09/2011; nº 736/2010 de TSJ Aragón (Zaragoza), Sala de lo Social, 25/10/2010; entre outras.

<sup>305</sup> Cfr. a sentença 1834/2010 de TSJ Castilla-La Mancha (Albacete), Sala de lo Social, 17/12/2010.



facto, excessivamente relevante a dualidade literal, porque na maioria das situações de abuso de confiança, poder-se-ão englobar, sem mais, na amplitude tipificada que supõe a transgressão da boa fé.

Tal não acontece em Portugal e Itália, onde o dever de lealdade (*fedeltà*) se encontra normatizado, adquirindo uma interpretação norma-imperativa, e ficando o tribunal sujeito à graduação da sanção, sendo um dever que contém um critério especificador de conduta objectivamente exigível, através de uma actuação reflectida, pensando na reciprocidade inerente ao vínculo contratual, respeitando-o respeitando seus interesses legítimos, as suas expectativas razoáveis, os seus direitos, agindo consequentemente com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesões ou desvantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim da boa fé inerente ao contrato de trabalho, através da realização dos interesses do trabalhador e do empregador.

A definição de poder directivo como direito potestativo do empregador, ou seja, ao exercício do direito do empregador nada pode ser oposto, produzirá efeitos pela mera declaração de vontade de seu titular, o sujeito passivo da relação estaria num completo estado de sujeição, ou seja, o trabalhador, deve suportar a “*produção dos efeitos jurídicos inerentes ao direito potestativo*”<sup>306</sup>, porém o poder de direcção, ao longo dos anos, vem sofrendo limitações, e a consolidação do poder directivo como direito potestativo demonstra uma “*excessiva simplificação*”.<sup>307</sup>

E tal deve-se ao facto de que a direcção da actividade do trabalhador pelo empregador encerra uma complexidade de relações, de poderes, de pretensões e de encargos, porque e pese embora haja a sujeição do trabalhador em relação ao empregador, assim como existe a sujeição do quem sofre os efeitos do exercício do direito potestativo, essas sujeições são diferentes.

E no caso do contrato de trabalho, a sujeição tem se afigurado como construção ampla da doutrina, e quem define o poder directivo como direito potestativo tem a ideia de que o empregador actua de forma a constituir as obrigações do trabalhador, e não apenas especificá-las<sup>308</sup>, até porque e basicamente a concretização de uma qualquer desobediência sem sanção pelo trabalhador, e perante as ordens do empregador, manifestamente arbitrárias, constitutivas de abuso de direito e tendencialmente discriminatórias, são contrárias à boa fé e à dignidade

<sup>306</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 662 e ss.

<sup>307</sup> *Ibidem*, pág. 663.

<sup>308</sup> MONTOLYA MELGAR, A.: *El poder de direccion del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 140 e ss..

do trabalhador, e no caso nada melhor que anotarmos um provérbio português, “*se queres ser respeitado, dá-te ao respeito*”.

A jurisprudência espanhola<sup>309</sup> é fértil na apreciação deste caso em concreto onde se perscrute o suposto “*ius resistentiae*” pelo trabalhador, na pertinência do direito potestativo do empregador, e bem assim como pelo poder de direcção que lhe advém, consolida a inobservância, na maioria dos casos, de uma total e absurda ignorância do dever de lealdade que consolida o contrato de trabalho através da boa fé.

O dever de cooperar ou colaborar obriga as partes a agirem com lealdade, proibindo-as de impedir ou obstruir a outra de cumprir com o contrato de trabalho, e ao mesmo tempo assegurar-lhes o direito de, querendo cumprir a sua obrigação, sem ter, também a execução desta impedida razão pela qual afasta-se do contrato toda exigência excessiva, burocrática ou absurda, e é esta reciprocidade que é manifestamente o corolário essencial para o cumprimento continuado da relação jurídico-laboral.

O CTP prevê que essa reciprocidade de lealdade exista quando alude na alínea a), do número 1, do artigo 127, que o empregador deve “*nomeadamente*” respeitar e tratar o trabalhador com urbanidade e probidade<sup>310</sup>, ou seja, com cortesia, e integridade de carácter e honradez, e pelo trabalhador o preceituado pelo artigo 128.

O ETE com uma abrangência mais “*dissimulada*” prevê no número 1, do artigo 7, bem como a jurisprudência<sup>311</sup> o consolida, que o dever de boa fé no contrato de trabalho tem um critério valorativo de reciprocidade.

Ainda que, e na maioria das vezes, a deslealdade pelo trabalhador seja manifestamente notória, ou pela violação do dever de sigilo, ou pelo furto de material, ou pela concorrência desleal, é evidente que a deslealdade pelo empregador torna-se bastante mais subtil, e encarna posições maquiavélicas que podem passar pelo assédio, moral ou sexual, ou pela extrapolação de um qualquer facto, que em circunstâncias perfeitamente normais passariam despercebidas.

De resto mais não são que os deveres que não foram reduzidos a escrito pelas partes, não formalizados pela vontade dos contraentes no contrato de trabalho, mas tacitamente

<sup>309</sup> Cfr. sentenças: TSJ de la Comunidad Valenciana de 08/05/1998, nº 2236; TSJ Cataluña de 20/11/1997, nº 3941; TSJ de Andalucía (Sevilla) de 12/02/1996, nº 1120; TSJ de Asturias de 22/12/1995, nº 4598.

<sup>310</sup> Cfr. Etimológico do latim: *probitas.atris*.

<sup>311</sup> Cfr. o Recurso: 1189/1996 do T.S.J. Cantabria. (Sala de lo Social). Sentencia 28/08/1996, que refere: “(…) *La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (STS 26 enero 1987, RJ 130, con cita de las de 21 de enero y 22 de mayo 1986, RJ 312 y 2609)*”.

previstos em razão da função social que assume o próprio contrato, são ao fim e ao cabo os deveres que emanam da obrigação de conduta fixada pela boa fé, como dever de probidade, informação, honestidade, cuidado, enfim, os deveres que advêm da ética contratual de lealdade, pelo que os deveres acessórios que emanam do princípio da boa fé objectiva representam verdadeiras obrigações de condutas cuja inobservância pode ocasionar o inadimplemento contratual.

O dever geral de lealdade decorre de uma estreita relação de confiança entre as partes em que se acentua o elemento fiduciário dessas relações, sendo necessário que a conduta do trabalhador seja de molde a não colocar em causa essa confiança, criando no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura do comportamento do seu trabalhador, e como tem sido amplamente afirmado quer pela doutrina, quer pela jurisprudência<sup>312</sup>, ele constitui uma manifestação do princípio da boa fé contratual no cumprimento das obrigações, variando o seu conteúdo com a natureza das funções do trabalhador, sendo que esse dever é mais acentuado quanto mais qualificadas forem as funções desempenhadas pelo trabalhador na organização técnico-laboral do empregador.

É comum a doutrina portuguesa<sup>313</sup> dimensionar o dever geral de lealdade de uma forma restrita e ampla, sendo que o dever de não concorrência e dever de sigilo são os pressupostos fundamentais que consolidam a forma restrita, e nesta dimensão, a lealdade que está dotada de uma eficácia “*ex-nunc*”.

Na forma ampla, o dever de lealdade é não mais que um princípio orientador de conduta, tanto do trabalhador como do empregador, e que consolida o cumprimento do contrato de trabalho, com uma força obrigacional e laboral, percepcionando desta maneira a valorização conjunta, e acentuando desta forma que o dever de lealdade serve também ao empregador.

A relevância do posicionamento do trabalhador na empresa, e a violação do dever geral de lealdade não está dependente da constatação ou verificação de prejuízos, nem da existência de culpa grave do trabalhador, já que a simples materialidade do seu comportamento leva razoavelmente a um efeito redutor das expectativas de confiança por parte do empregador, bem como a perda de confiança do trabalhador na entidade

---

<sup>312</sup> Cfr. TRL Proc. Nº 3061/03.7TTLSB.L1-4, de 08/02/2012.

<sup>313</sup> E neste sentido: PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 355 e ss.; MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 231 e 233; MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 129.

empregadora, cria um desconforto motivacional na concretização eficaz do contrato de trabalho.

A jurisprudência tem considerado que o dever de lealdade é um dever absoluto sendo irrelevante o grau de violação desse dever, e é nesse sentido que a diminuição de confiança resultante da violação deste dever não está dependente da verificação de prejuízos nem da existência de culpa grave do trabalhador, já que a simples materialidade desse comportamento, aliado a um moderado grau de culpa pode, em determinado contexto, levar a um efeito redutor das expectativas de confiança.<sup>314</sup>

A doutrina espanhola assume a boa fé como elemento nuclear da relação contratual entre trabalhador e empregador e que tem uma “*singular relevância*”<sup>315</sup> em virtude do grau de implicação pessoal do trabalhador e do carácter duradouro da relação de trabalho, assumindo um conceito essencialmente indeterminado referente a um dever de conduta, de conteúdo ético, numa perspectiva ampla, e tal que o cumprimento da boa fé obriga a evitar excessos desnecessários no exercício dos deveres fundamentais.<sup>316</sup>

Desta forma o trabalhador deve realizar a prestação laboral de maneira a concretizar o cumprimento da relação laboral e abster-se de comportamentos desleais, ou seja, deve o trabalhador proceder conforme as regras de honestidade e diligência que se encontram implícitas desde o nascimento, aperfeiçoamento e desenvolvimento do contrato de trabalho<sup>317</sup>, sendo que este dever de boa fé imposto, não deverá confundir-se com a exigência generalizada do dever de lealdade que se identifica com uma situação de sujeição (entenda-se vassalagem) aos interesses da empresa.<sup>318</sup>

Ao dever de lealdade estão subjacentes o dever de não concorrer com a entidade empregadora, tal como estipula o número 1, do artigo 21 do ETE, bem assim como o dever de sigilo, ou confidencialidade, intrínseco na relação laboral, e mais evidente se torna quando estiver plasmado no contrato de trabalho, ou até quando não se houver previsto um qualquer acordo escrito de confidencialidade específica, aliás recolhido que está no artigo 5 do ETE, mais precisamente na alínea a), do número 1.

<sup>314</sup> Cfr. acórdão do STJ de 11/10/1995, publicado na CJ tomo III pág. 277.

<sup>315</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 24-25.

<sup>316</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales*, Revista de Derecho Social, nº 6, 1999, pág. 20.

<sup>317</sup> Cfr. referem, entre outras, as sentenças: STS de 14/01/1987, (A/ 25); STS de 01/06/1987, (A/ 4084); STS de 21/09/1987, (A/ 6226).

<sup>318</sup> Cfr. referem, entre outras, as sentenças: STC 120/1982; STC 88/1985; STC 129/1989; STC 126/1990; STC 99/1994; STC 6/1995; STC 4/1996 e STC 1/1998.

Atitudes por parte do trabalhador, tais como furtos, injúrias ao empregador ou família, falta de zelo, assiduidade e pontualidade, mentiras<sup>319</sup>, são aspecto de entre outros de perfeita deslealdade para com os compromissos assumidos na relação jurídico-laboral.

A transgressão do dever de boa fé por parte do trabalhador pode dar lugar a despedimento com justa causa, positivado que está no artigo 351 do CTP e na alínea d), do número 2, do artigo 54 do ETE, para além do ressarcimento dos danos e prejuízos que possa ter provocado ao empregador.

É muito importante uma abordagem à tutela de confiança, pois devemos ter como corolário que o trabalhador e empregador têm o dever de um comportamento vincado pela honestidade e lealdade, pois será através destes preceitos que resultam relações laborais de confiança pela continuidade, isto é, devem as partes esperar o que cada uma vai receber e o que vai dar, e daí que hoje em dia o princípio da autonomia da vontade pelo princípio da boa fé e como tal a liberdade de contratar, esteja limitada à consolidação dos deveres decorrentes do princípio geral, como sejam o dever de informação, de correcção, de segredo e de lealdade, entre outros.

O dever de lealdade tanto do trabalhador quanto do empregador, deve ser observado desde a fase em que as partes iniciam as negociações, visando à futura contratação, e é nesse contexto que a responsabilidade civil da empresa abrange também a fase pré-contratual, pelo que a discussão acerca da informação, bem como do conselho e da recomendação, pode alargar-se pelos mais diversos e distantes percursos.

Em nossa opinião, o método de uma imputação pela confiança que transcorre da violação do dever ético de conduta, essencial às relações laborais, e que impõe o dever de reparar os danos por ela causados, decorre de um valor fundamental que se irradia por todas as relações de direito privado, ingressando no ordenamento através dos princípios, regras, cláusulas gerais e padrões que compõem o sistema aberto do direito do trabalho.

O abrigo à confiança e à lealdade, em particular, não deve ser realizado de forma generalizada e sem nenhum critério, completamente afastado dos sistemas jurídico ibéricos, que possuem como valores fundamentais a tutela da liberdade e da autonomia privada.

A necessária e cuidadosa ponderação entre esses princípios devem constituir os critérios dos operadores do direito, a fim de preservar a harmonia do sistema, evitando-se a

---

<sup>319</sup> E com acentua PÉCAUT-RIVOLIER, L: *Donner l'information: les obligations du salarié*, Revue de Droit Social, nº 2, Février, 2013, na pág. 103, que mais do que o cumprimento normal e correcto do contrato de trabalho, o trabalhador terá a obrigação de não mentir na execução do referido contrato.

disseminação de decisões injustas e buscando-se o ideal de construção de uma ordem jurídica justa e solidária.

Ao dever de informar corresponde ao dever de manter-se informado, assim como não se deve ampliar o âmbito das acções sancionatórias de forma generalizada, a fim de ver reparados todos e quaisquer danos sofridos no trato social e laboral, sob pena de adulterar as relações de bilaterais e sinalagmáticas do contrato de trabalho.

Por essa razão, entendemos que a tutela jurídica proteccionista e excessiva, pode significar uma ingerência indevida do empregador perante a autonomia privada do trabalhador, e o excesso de protecção pode gerar decisões perversas e efeitos contrários ao esperado.

O princípio da boa fé, bem como o dever de lealdade significam que as partes se obrigam a negociar de boa fé e proceder com lealdade em todos os seus procedimentos, assim, como na execução do que for acordado.

Para tal e no que concerne às relações laborais colectivas, julgamos ser possível elencar que as partes se obrigam a examinar todas as propostas de forma recíproca com o objectivo de formular contrapropostas de convergência, sejam elas modificativas, substitutivas ou nulas.

Devem as partes, e antecipadamente, acordarem as normas e condições de forma ao incremento produtivo da estrutura organizacional e de harmonia com as condições laborais vigentes, e ainda a garantia que o resultado das negociações não terá uma “*prevalência viral*” na estrutura, nos trabalhadores e na sociedade, que muitas vezes se vê preterida e prejudicada pelos actos negociados e aplicados pelos actores negociadores.

Na realidade, o dever de lealdade veio sofrendo modificações ao longo dos tempos, havendo hoje em dia uma certa positivação, e seja pelo elemento estrito, seja pelo elemento amplo, é um dever que tem um protagonismo que a própria jurisprudência não olvida, pelo contrário vem, numa atitude assertiva, implementando, e isto deve-se também ao facto de a simbologia etimológica que esteve durante longos anos arreigada ao conceito, se ter esvaziado na relação laboral.

### 5. A lealdade e implicação do trabalhador na empresa

O dever de lealdade pressupõe uma interligação com as tarefas que trabalhador tem que desempenhar, pressupostos estes que estão correlacionados, não só no ambiente de trabalho, como também nas relações extra-laborais que lhe sejam conexas com o contrato de trabalho.

Não há como ser leal por algo que não atende, pelo menos, as condições mínimas de trabalho, quer sejam por causa do salário, do ambiente, da chefia e assim por diante.<sup>320</sup>

Atingida as condições mínimas de trabalho, a satisfação torna-se o próximo passo no objectivo para se chegar à lealdade. Uma vez alcançada a satisfação, busca-se a retenção dos profissionais, principalmente, aqueles que se tornam imprescindíveis à organização. Da retenção, chega-se à condição de lealdade. Posto isso, passa-se a detalhar este processo de se alcançar a lealdade e suas consequências para o trabalhador e a organização.<sup>321</sup>

A concepção comunitária das relações laborais é, de uma forma genérica e consensual, a transformação da boa fé contratual, enquanto critério do cumprimento correcto das obrigações, tanto do empregador como do trabalhador, num dever de fidelidade do trabalhador, e de um dever de protecção do empregador.<sup>322</sup>

Há uma razão para isso: associações que evocam a nossa lealdade tendem a ser aquelas com as quais se tornaram profundamente envolvidas ou identificadas. Isso está implícito no que se refere à definição do trabalho de "*intrinsecamente valiosos anexos associativos*".<sup>323</sup>

A lealdade está relacionada para a família, os amigos, a profissão, a empresa, ou ao país, não aos seus, a não ser que estejam também relacionados mutuamente, e em tais identificações, o destino ou o bem-estar dos objectos de lealdade estão vinculados com a própria pessoa. Pode-se sentir vergonha ou orgulho dos feitos, porém deve-se assumir riscos e suportar os encargos por ter assumido.<sup>324</sup>

<sup>320</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 8-9.

<sup>321</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 42-43.

<sup>322</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y Otros: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Sevilla, 1977, pág. 84.

<sup>323</sup> Intrinsecamente valiosos anexos associativos são, geralmente, aqueles em que nós desenvolvemos uma forma de identificação social. Vimos para o valor do vínculo associativo para seu próprio bem (o que pode ter inicialmente motivado). Nossa lealdade é não apenas a grupos que possam existir, ou mesmo a qualquer grupo com o qual temos alguma associação, mas apenas para aqueles a que estamos suficientemente estreitamente ligados ao nosso propósito. Ver STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 51-60.

<sup>324</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 23-28.

Embora a lealdade tenda a ter associações ou grupos que são socialmente valorizados, como a lealdade pode parecer ser uma importante disposição prática, isso não precisa ser necessariamente verdadeira. Em teoria, qualquer associação pode-se tornar intrinsecamente valiosa para nós, ou mesmo não ser valiosa, e pode sê-lo mesmo que seja socialmente desprezada ou condenada. São os casos das “*ganges*”, das prostitutas ou do crime organizado, que podem tornar-se objectos de lealdade não menos que as associações profissionais e empresariais legalmente constituídas.<sup>325</sup>

Isto levanta a importante questão de saber se os julgamentos sobre o valor da lealdade são redutíveis aos julgamentos sobre o valor das associações para os quais se presta lealdade.

A lealdade não tem qualquer valor independente do objecto particular associativo, o qual está relacionada, ou ao seu valor (lealdade) vinculado exclusivamente com o objectivo próprio da lealdade? Há discordância sobre estas divergências, em paralelo sobre a obrigatoriedade de se manter o que se prometeu.<sup>326</sup>

Alguns argumentam que a lealdade é virtuosa ou viciosa, dependendo do que é feito fora da lealdade, outros argumentam que a lealdade é sempre virtuosa, embora substituída quando associada a um comportamento imoral.<sup>327</sup>

Considere-se o caso complicado de um “*nazi*” leal, e argumenta-se que, devido a um “*nazi*” poder ser leal, lealdade não implica que seja uma virtude, pois as virtudes são internamente ligadas à ideia de bom senso e não atreladas ao fanatismo, mas é claro que os “*nazis*” leais poderiam expressar a lealdade por um certo número de formas (como em ser marido, pai, colega de trabalho) e, portanto, essas formas de lealdade funcionam como virtudes. No caso mais interessante, um “*nazi*” leal é susceptível de causar dano maior do que aquele que não é, por outro lado, era questão de deslealdade de um “*nazi*” se permitisse que os judeus escapassem.<sup>328</sup>

Percebe-se que a lealdade, geralmente, é vista como uma virtude particularista, isto é, constitui privilégio de certos grupos ou indivíduos. Embora exista o princípio universalista da lealdade, a partir da “*lealdade à lealdade*”, tem havido muito debate sobre a relação entre as obrigações particularistas, tais como aquelas associadas com lealdade e gratidão, e as obrigações universalistas devidas a todos, em virtude de sua humanidade.<sup>329</sup>

<sup>325</sup> STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 51-60.

<sup>326</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 70-75.

<sup>327</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 55-59.

<sup>328</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 64-70.

<sup>329</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 88-92.



Em contraposição ao carácter universal da lealdade, há certas obrigações particularistas, mas sob ideais universalistas, como é o caso de honrar o pai e a mãe.<sup>330</sup>

Entende-se por satisfação dos trabalhadores como uma medida de desempenho organizacional, observa-se a necessidade premente das empresas racionalizarem os seus negócios, transformando os seus trabalhadores em importantes activos das organizações, seja por meio de seu desempenho profissional, da sua retenção ou seja por meio da lealdade profissional.<sup>331</sup>

A satisfação para alguns trabalhadores pode significar um padrão de desempenho que esteja relacionado a um nível de desempenho de aceitação mínimo; em contrapartida, para outros, um nível de cumprimento próximo à perfeição, o que representa uma relativa subjectividade na definição de satisfação funcional. Por outro lado, relaciona-se a satisfação profissional a uma actividade específica, avaliando-a, conforme determinada ocasião.<sup>332</sup>

Pode-se também relacionar a satisfação dos trabalhadores com a empresa, onde trabalham, definindo a satisfação dos trabalhadores como sendo uma avaliação global, baseada nas condições de trabalho, ao longo do tempo. Com isso, a satisfação é uma avaliação contínua da organização em proporcionar os benefícios que os trabalhadores procuram.<sup>333</sup>

Além disso, a satisfação é um processo activo e dinâmico, o qual sofre influências económicas e sociais e, neste contexto, o estudo da satisfação deve levar em consideração o papel desempenhado pelas motivações, emoções, necessidades materiais e económicas em relação ao nível de satisfação.<sup>334</sup>

Como pode ser notado, é difícil definir satisfação dos trabalhadores, contudo, a fim de tornar mais evidente o entendimento, poder-se-á defini-la como a resposta da plenitude do trabalhador, isto é, o quanto que as condições de trabalho resultam no provimento necessário ao trabalhador, incluindo níveis um pouco abaixo ou que superam o nível esperado pelo trabalhador.<sup>335</sup>

No que concerne às condições de trabalho, deve-se observar quais são as mínimas condições de trabalho oferecidas pela empresa e se estas mínimas condições satisfazem às

<sup>330</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 60-63.

<sup>331</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 37-39.

<sup>332</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pag. 14.

<sup>333</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 59-60.

<sup>334</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pag. 17.

<sup>335</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 65-67.

necessidades básicas dos trabalhadores. De entre as condições mínimas oferecidas pela empresa estão a alimentação, o local de trabalho, os equipamentos disponíveis, o nível de segurança das instalações e o atendimento médico disponível, e certamente, as condições salariais, de descanso, de férias e de benefícios também ajudam a definirem melhor as condições mínimas de trabalho.<sup>336</sup>

Ao avaliar as condições mínimas de trabalho oferecidas pela organização, os trabalhadores, geralmente, analisam prioritariamente a condição salarial, porém não deixam de considerar as condições mínimas relacionadas e, portanto, a mensuração do nível de satisfação dos trabalhadores serve como uma das medidas para verificar o desempenho global da empresa em relação às expectativas dos trabalhadores.<sup>337</sup>

Enquanto existem interesses na aferição da satisfação dos trabalhadores, como uma representação da avaliação das condições de trabalho, deve-se também relacionar as expectativas e percepções dos trabalhadores como antecedentes da satisfação. O risco das organizações interpretarem a satisfação dos trabalhadores, baseando-se nas condições de trabalho, está no facto de que os aspectos referentes às condições de trabalho são determinados, normalmente, pela percepção dos gestores, ressaltando que, em muitos casos, tal entendimento pode não coincidir com o pensamento dos próprios trabalhadores.<sup>338</sup>

As condições de trabalho devem ser vistas como o potencial intrínseco aos atributos de se prover a satisfação, e que o desempenho profissional depende das condições de trabalho oferecidas pela empresa. É importante frisar que a satisfação dos trabalhadores é um conceito, que depende da função valor, podendo ser definida como o quociente entre o desempenho profissional e o salário mais os benefícios recebidos pelos trabalhadores, ou pela relação entre os salários e benefícios recebidos, comparando com os custos globais da empresa.<sup>339</sup>

Desta forma, pode-se entender as condições de trabalho como a percepção actual dos trabalhadores sobre o desempenho profissional, e a satisfação como sendo baseada não apenas na experiência actual, mas também em experiências passadas e em experiências futuras,

---

<sup>336</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 104-107.

<sup>337</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 189-192.

<sup>338</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 23-24.

<sup>339</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 27-29.

antecipadas pelo julgamento dos trabalhadores, devido às suas percepções acumuladas e das projecções das expectativas.<sup>340</sup>

Com o crescimento do nível de competitividade no mercado de trabalho, pode-se inferir que a retenção dos trabalhadores é importante e que o grande desafio passa a ser o de os reconhecer, mostrando-lhes o quanto a empresa os estima por terem-lhe conferido a sua força de trabalho. No entanto, essa visão transcende a preocupação com a simples satisfação dos trabalhadores, pois, na realidade, é um novo modo de pensar a respeito do que geram melhorias de desempenho profissional e sobre a forma como se deve relacionar no ambiente de trabalho.<sup>341</sup>

A retenção de trabalhadores é a chave para o sucesso, sendo um dos componentes importantes para a consolidação da participação de mercado da empresa, e respeitando, basicamente, a satisfação funcional. Assim, estratégias de retenção dos trabalhadores devem ser usadas. Sem dúvida, o desempenho profissional é importante, a fim de melhorar a geração de valor e propiciar incentivos para que os trabalhadores permaneçam retidos e leais. Como uma etapa decorrente da retenção dos trabalhadores, é bom lembrar que os benefícios da lealdade, geralmente, reflectem nos motivos, pelos quais uma empresa é mais lucrativa do que a outra.<sup>342</sup>

Nem sempre a satisfação resulta na retenção de trabalhadores, e que as condições de trabalho, satisfação, retenção e lealdade são conceitos distintos, porém, interdependentes. A satisfação é um passo necessário em direcção à retenção de profissionais e à formação de lealdade, a qual pode resultar das condições de trabalho oferecidas pelas empresas.

Permanecendo leais à empresa, os trabalhadores representam uma continuidade de receitas, reflectindo o valor individual do trabalhador, ao longo do tempo.<sup>343</sup>

A lealdade do trabalhador não é uma mera função do comportamento passado, mas sim um conceito que deve incorporar o compromisso em relação à empresa. Lealdade implica num compromisso e não apenas em um comportamento repetitivo, sendo que tal compromisso é uma promessa implícita ou explícita de continuidade do trabalho. A lealdade é um compromisso profundamente arraigado, e que se refere à repetição do nível de desempenho

---

<sup>340</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 204-205.

<sup>341</sup> ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance management*, 3ª Ed., Kogan page, London, 2006, págs. 20-21.

<sup>342</sup> VANHOUCKE, MARIO: *Project management with dynamic scheduling*, Springer Verlag, New York, 2012, págs. 56-58.

<sup>343</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, págs. 34-35.

funcional, ao longo do tempo, mesmo que influências situacionais e esforços dos concorrentes tenham potencial para provocar um comportamento de demissão do trabalhador.<sup>344</sup>

Mesmo havendo uma correspondência inquestionável entre retenção e lealdade, em certas circunstâncias, o trabalhador é leal, mas não tem necessidade ou interesse de melhorar ainda mais o seu desempenho funcional. Quanto maior for o tempo em que uma empresa mantém um trabalhador leal, mais comprometido esse trabalhador será para a empresa, mais dependente se tornará das condições de trabalho oferecidas e menos propenso a aceitar salários um pouco superiores de outras empresas. Porém, a longo prazo, não se assegura que esta retenção continue, sendo necessário analisar outras duas variáveis: responsabilidades e salários, o que confere ao relacionamento a necessidade de redefinição das condições de trabalho.<sup>345</sup>

Quanto às responsabilidades, a empresa deve avaliar se há espaço para o trabalhador leal assumir, ou não, novas atribuições e, portanto proporcionar o merecido reajuste salarial, em função destas novas responsabilidades.<sup>346</sup>

Outro aspecto a destacar é que trabalhadores satisfeitos e que são leais à empresa tendem a se engajarem a favor dos produtos e serviços da empresa.<sup>347</sup>

A obrigação principal contida numa relação laboral, é que o trabalhador coloque as suas forças, a sua energia pessoal, para a realização de determinado serviço; este atributo intrínseco do trabalhador é elevado a objecto contratual, sendo levadas pelo empregador em consideração as características subjectivas de cada pessoa para contratar aquela que, em sua opinião, é a mais hábil e eficiente para a consecução das tarefas a serem exercidas.

Esta escolha, com base pessoal do trabalhador, é ao fim e ao cabo, o que caracteriza a pessoalidade do contrato de trabalho.

A prestação do trabalhador é estritamente personalíssima, e o é em duplo sentido, e primeiramente, porque pelo seu trabalho compromete o trabalhador, enquanto destina parte das suas energias físicas e mentais que dele emanam e que são constituídas pela sua personalidade à execução do contrato, isto é, ao cumprimento da obrigação que assumiu contratualmente; em segundo lugar, sendo cada pessoa um indivíduo distinto dos demais, cada

---

<sup>344</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 173-174.

<sup>345</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 89-90.

<sup>346</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 45.

<sup>347</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 51.

trabalhador difere de qualquer outro, diferenciando também as prestações de cada um deles, enquanto expressão de cada personalidade singular, e *“Perante tais factos, o contrato de trabalho não conserva a identidade se ocorrer qualquer alteração na pessoa do trabalhador”*.<sup>348</sup>

O teste para saber se é, ou não leal é a conduta em detrimento da intensidade do sentimento: os actos de pessoa leal com o contínuo comprometimento com o objecto de lealdade, é possível que seja desfavorável ou dispendioso com a pessoa com quem firmou compromisso para fazê-lo.<sup>349</sup>

Aqueles que se concentram na lealdade como um sentimento também pretendem negar que a lealdade possa ser racionalmente motivada.<sup>350</sup> Mas mesmo que as expressões de fidelidade não sejam maximizadas (em termos de custo-benefício), a decisão de se comprometer com lealdade pode ser racional, pois não precisa (na verdade, não deveria) entrar em associações cegamente, ou - mesmo quando eles são inevitáveis (como familiar ou nacional) -, aceitar as suas demandas sem pensar. Além disso, uma vez firmados, esses compromissos podem ser executadas pelos objectos de lealdade, ou mesmo serem substituídos em face das alegações significativamente maiores.<sup>351</sup>

Entende-se, que a exigência geral de boa fé na execução dos contratos assume particular acentuação no desenvolvimento de um vínculo que se caracteriza também pelo carácter duradouro e pessoal das relações emergentes, e estas notas típicas das relações de trabalho subordinado têm contribuído para que, nalgumas construções doutrinárias e jurisprudenciais, se coloque o acento tónico no elemento fiduciário das mesmas relações, isto é, na necessidade de subsistência de um estado de confiança entre as partes como fundamento objectivo da permanência do vínculo.

O dever de fidelidade, de lealdade ou de *“execução leal”* tem o sentido de garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre a sua obrigação representa de facto a utilidade visada, vedando-lhe comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que, autonomamente, determinem situações de *“perigo”* para o interesse do empregador ou para a organização técnico-laboral da empresa. *“O trabalhador deve, em princípio, abster-se de qualquer acção contrária aos interesses do empregador, mas o dever de lealdade tem igualmente um conteúdo positivo. Assim, deve o trabalhador tomar todas as disposições*

<sup>348</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 17ª Ed., Madrid, Civitas, 1999.

<sup>349</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 38-44.

<sup>350</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 65-69.

<sup>351</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 38-44.

*necessárias quando constata uma ameaça de prejuízo ou qualquer perturbação da exploração, ou quando vê terceiros, em particular outros trabalhadores, ocasionar danos”.*

Ao fim e ao cabo, faz-se referência a valores tradicionais e essenciais para o ordenamento jurídico como são a confiança, a lealdade e honra e a rectidão<sup>352</sup>, sendo deveres recíprocos e que exprimem o espírito de colaboração e confiança na relação jurídico-laboral.

É necessário reestruturar as causas que fundamentam o comportamento culpável do trabalhador, e consequentemente a violação do dever de lealdade, e que determinam a justa causa do “*comportamento culpável do trabalhador*”, perante uma situação determinada, da qual resulta uma situação de “*impossibilidade de subsistência da relação de trabalho*”.

Esse requisito deve entender-se no sentido de não ser exigível ao empregador a manutenção dessa relação de trabalho, e não deve ser considerado como impossibilidade objectiva<sup>353</sup>; e perante tal comportamento culpável do trabalhador, que impõe uma ponderação de interesses, e é portanto necessário que objectivamente não seja razoável exigir ao empregador a permanência da relação contratual.<sup>354</sup>

A lealdade do trabalhador não é uma mera função do comportamento passado, senão um conceito que deve incorporar um compromisso com relação à empresa. Lealdade implica um compromisso e não só um comportamento repetitivo, em virtude de que o compromisso é uma promessa implícita ou explícita da continuidade do trabalho. A lealdade é um compromisso profundamente arreigado, e que se refere à reiteração do acto funcional, ao longo do tempo, ainda que influências situacionais e esforços da concorrência sejam um potencial para provocar a renúncia do trabalhador.<sup>355</sup>

E ainda quando existe uma correspondência indiscutível entre a permanência e a lealdade, em certas circunstâncias, o trabalhador é leal, mas não tem necessidade ou interesse em melhorar a sua capacidade operativa. Quanto mais for o tempo que uma empresa mantenha

<sup>352</sup> GIL Y GIL, J. L.: *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilha, 2003, pág. 116.

<sup>353</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 559 e ss. E especificamente sobre a recondução do requisito da impossibilidade à ideia de inexigibilidade, na jurisprudência, acórdão STJ de 22/02/1995, *CJ*, 1995, I, 279, e acórdão. RE de 15/02/2005, *CJ*, 2005, I, 273.

<sup>354</sup> A este propósito, LOBO XAVIER, B. DA G.: *Curso de Direito do Trabalho - I Volume (Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes)*, Verbo, Lisboa, 2004, pág. 493, em que indica, como pontos de referência: “*situação insustentável*”, “*relações intoleráveis*”, “*perigo para o futuro contrato*” ou “*comportamento que vulnera o pressuposto fiduciário do contrato*”; o mesmo autor alude a um juízo de prognose sobre a viabilidade da relação de trabalho. Veja-se também, MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, cit., págs. 557 e ss. e págs. 572 e ss., onde faz referência a uma valoração, no sentido de, naquele caso, não ser exigível que a entidade empregadora se limite a aplicar ao trabalhador outra sanção disciplinar, porque a violação perpetrada inviabiliza a permanência do vínculo.

<sup>355</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 173-174.

um trabalhador leal, mais comprometido se sentirá o trabalhador com a empresa, mais dependente será das condições de trabalho oferecidas e estará menos vulnerável a aceitar retribuições um pouco superiores por outras empresas. Contudo, a longo prazo, não é seguro que esta permanência se mantenha, pois é necessário analisar outras variáveis: responsabilidades e retribuições, que conferem à relação a necessidade de redefinição das mesmas condições de trabalho.<sup>356</sup>

Quanto às responsabilidades, a empresa deve avaliar se há espaço para que o trabalhador leal assuma, ou não, novas atribuições e, por conseguinte, proporcionar o merecido reajuste salarial, em função dessas novas responsabilidades.<sup>357</sup>

Tendo em consideração a doutrina investigada, coadjuvada por outros autores igualmente ilustres, portugueses e espanhóis<sup>358</sup>, cuja dissociação pertinente se nos afigura indiscutível, diremos, refutando um outro argumento relativo à circunstância invocada de uma conduta sindicada, e apesar de extra-laboral, o dever de lealdade (que equivale à honradez, honestidade e pundonor) assume no contrato de trabalho uma dupla dimensão, sendo considerado, na sua ambivalência, como o dever orientador geral da conduta do trabalhador no cumprimento do contrato, e quanto a este especificidade e em concreto, entende-se com o respeito aos outros vínculos obrigacionais, ao seu “*intuitu personae*”, ou seja, a participação pessoal do trabalhador em conformidade na relação contratual.

A coercibilidade existente e à qual o trabalhador está sujeito, pelo poder de direcção do empregador, pode fixar-se de duas formas: propondo ao tribunal a aplicabilidade das sanções adequadas, ou o que está previsto na legislação laboral<sup>359</sup>; daqui confere-se ao empregador o poder de aplicar a sanção que ele próprio considere mais adequada, correspondendo ao trabalhador a faculdade do recurso ao tribunal, para requerer a anulação da sanção aplicada, e a particularidade de que o empregador dispõe, e porque estamos perante relações particulares,

<sup>356</sup> VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley And Sas Business Series, New York, 2011, págs. 89-90.

<sup>357</sup> ZIDAN, F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012, pág. 45.

<sup>358</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 437, destaca que o despedimento é um acto jurídico fundado na autonomia negocial privada, que produz a extinção *ad futurum* do contrato de trabalho por decisão do empregador.

<sup>359</sup> E numa perspectiva comparada verificamos que: 1) Em Itália, o artigo 2106 do *Codice Civile* determina a sujeição do trabalhador a sanções disciplinares, em caso de inobservância dos deveres laborais de diligência, obediência e lealdade; 2) Em França, nos seus artigos L. 122-6, L. 122-8 e L. 122-9 do *Code du Travail*, verificamos que a matéria disciplinar encontra-se em redor do conceito *faute grave du salarié*, que permite a resolução imediata do contrato de trabalho; 3) Em Espanha, o artigo 58 do ETE consagra um sistema gradativo de sanções disciplinares; Em Portugal preconiza o CTP através do artigo 328, que o trabalhador está sujeito ao poder disciplinar do empregador de forma gradativa, culminando com o despedimento com indemnização ou compensação.

permite-lhe a via punitiva e não meramente compensatória ou indemnizatória perante uma conduta leal do trabalhador.

É óbvio que a imagem da empresa também pode ver-se prejudicada quando o trabalhador realiza uma essencial e que pode constituir parte fundamental na elaboração da sua própria imagem perante terceiros, assim é que a atitude de um médico cirurgião, de um desportista profissional, de um piloto de aviões, ou de um trabalhador com um cargo dirigente, pode, em algumas circunstâncias, prejudicar a imagem do empregador e justificar uma sanção por violação do dever de lealdade e confiança que lhe foi concedida, e consequentemente inferir uma sanção disciplinar por uma conduta extra-laboral<sup>360</sup>.

Se os trabalhadores não entendem um interesse do empregador pela sua pessoa e as suas condições de trabalho, não será possível a implicação e a entrada necessária dos trabalhadores no projecto empresarial. Muitos aspectos das condições de trabalho não são suficientes agentes motivadores em si mesmo, porém, pelo facto de não existirem não podem condicionar desfavoravelmente os níveis motivacionais. Por sua vez, a participação dos trabalhadores nas actividades preventivas será uma excelente forma de contribuir no desenvolvimento da motivação transcendental. As condições de trabalho são assim vitais no capital intelectual e emocional da empresa.

É frequente que as acções interpostas pelos trabalhadores, e não é o caso da violação do dever de lealdade pelo empregador, sejam refutadas por uma desmotivação inerente à incapacidade do próprio contraditório, ou porque o empregador pode adoptar represálias e concludentemente o trabalhador ver-se-á assediado moralmente, ou também, como é caso português, porque a morosidade e as custas judiciais, se tornam insuportáveis para o requerente.

Todavia, quando a violação do dever de lealdade é motivo de despedimento, a jurisprudência ibérica acentua com frequência, porque a essência do contrato de trabalho está constituída por obrigações fundamentais que assumem cada uma das partes quando o celebram, assunto que abordaremos neste Capítulo introdutório.

---

<sup>360</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 249.



## ***6. Conexões do dever de lealdade com outros deveres contratuais***

O contrato de trabalho pressupõe mais do que execução recíproca de obrigações no âmbito do respeito mútuo entre empregador e trabalhador, e entre estes e os outros colegas de trabalho, bem como com representantes do empregador com a finalidade de fazer a desenvolvimento e execução da relação contratual seja realizada em uma forma pacífica e harmoniosa, e prevaleçam na mesma, confiança, lealdade e solidariedade, entre outras obrigações contratuais.

Tanto trabalhadores como os empregadores devem sempre observar nas suas relações, comportamentos em prevaleça o respeito mútuo. Da mesma forma, os trabalhadores estão obrigados a respeitar os seus superiores e os seus colegas de trabalho, de forma a desenvolver e implementar tarefas contratadas em paz e harmonia, caso contrário, ver-se-iam afectados não só os interesses da empresa, mas todos os trabalhadores envolvidos.

A lealdade deve ser entendida à luz do pensamento moderno como sinónimo de respeito, probidade, diligência, zelo, honestidade e boa fé, que exigível igualmente a trabalhadores e empregadores. Refere-se dever de lealdade, que envolve a conduta da pessoa que acredita verdadeiramente cumprir o seu dever no sentido moral e ético, distinta da boa fé, no sentido de crença que se relaciona com o campo do conhecimento.

A relação estabelecida pelo contrato de trabalho não só vincula os trabalhadores com o empregador, mas também com os seus representantes, ou seja, aqueles que executam tarefas de direcção ou administração, como gerentes, administradores, directores, os próprios representantes dos trabalhadores em sede das relações colectivas, e que estão envolvidos na representação de trabalho, com a aprovação da empresa.

O respeito e a lealdade entre empregador e trabalhador ramifica-se para lá das paredes da empresa, portanto, a regra autoriza o empregador de rescindir unilateralmente um contrato de trabalho por justa causa, quando o trabalhador comete actos graves de violência, lesões ou abuso contra a entidade empregadora, a sua família, os seus representantes ou supervisores, fora do horário de trabalho, pois é evidente que tais actos afectam notoriamente e permanente a relação laboral.

Hoje em dia as relações laborais, torna-se evidente a necessidade cada vez mais premente de exigir às partes lealdade e correcção na formação dos negócios jurídicos, que por sua vez implica na protecção para aqueles que confiam na honestidade dos outros e, portanto,

existem interesses devem ser protegidos independentemente do contrato de trabalho seja celebrado ou não.

A normal execução do contrato de trabalho implica a observação de certos deveres para com cada uma das partes conectadas com o dever de lealdade, e especialmente relevantes para o trabalhador, enquanto relacionados com a obrigação primária de realizar a função e realizar a actividade laboral, que são a diligência, obediência, respeito, zelo ou produtividade.

Certamente, que o dever nuclear do trabalhador é *"o cumprimento das obrigações específicas do seu posto de trabalho, de acordo com as regras da boa fé e diligência"*, conforme a alínea a), do artigo 5 da ETE, e do artigo 126 CTP.

Analisar-se-á através de aspectos mais amplas relativas à construção subjectiva e objectiva da diligência, o que é devido, ou se pode exigir a um trabalhador, dependendo da função que realize, nos termos do qual a doutrina menciona, e consideramos a doutrina espanhola, que afirma que: *"o dever de diligência é postulada como um dos deveres básicos do trabalhador (...) exige que o devedor do trabalho a cumprir com as obrigações específicas de seu posto de trabalho (...) e também como um dever relacionado a contribuir para a melhoria da produtividade. O dever de diligência aplicável ao devedor da relação de trabalho, sendo um requisito essencial da prestação, do qual não se pode dissociar enquanto que o cumprimento deve ser precisamente um cumprimento diligente<sup>361</sup> (...) a obrigação consistirá não em trabalhar de uma forma qualquer, mas sim de forma a garantir o melhor cumprimento da sua obrigação e com tal a melhor satisfação do interesse do empregador, enquanto credor do trabalho"*.<sup>362</sup>

Também em conexão com o dever de lealdade, o dever de diligência requer ao trabalhador o cumprimento escrupuloso das tarefas, colocando toda a capacidade física e intelectual para essa finalidade, de acordo com cada caso, ou seja, o cargo ou tarefa desempenhada.

A ausência desta necessária diligência na prestação de serviços ao empregador pode resultar em acidentes ou danos aos instrumentos de trabalho da empresa.

<sup>361</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, págs. 250-251, que cita MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2004, pág. 317.

<sup>362</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, pág. 251, que cita a: MARTIN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ - SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 564.

O dever de diligência, nos termos do artigo 128 do CTP, permite-nos conhecer que um reiterado incumprimento pode ser considerado motivo para despedimento com justa causa, em virtude de competir ao empregador estabelecer as medidas necessárias para a melhoria da condições na empresa e com especial interesse, um “*sistema*”<sup>363</sup> de prevenção das condições de higiene, segurança e saúde no trabalho.

Compete-nos agora a afectar que o dever de lealdade não se pode confundir com o dever de diligência, dado que objectivamente e na medida do possível, o cumprimento dos deveres estipulados no contrato de trabalho, e enquanto parte do núcleo central conjugado com o dever principal da actividade de trabalho através do próprio contrato.

O dever de promover a melhoria da produtividade da empresa, permite uma conexão com o dever de diligência e zelo, e tem uma dimensão relevante, já que envolve a estrutura organizacional, e tem uma estreita ligação com o dever de lealdade, porque o comportamento para promover produtividade tem na sua essência o contexto organizacional do vínculo, no entanto, devemos destacar que a reciprocidade é evidente neste dever, já que é obrigação do empregador fornecer formação profissional, que é um pré-requisito para a projecção produtiva da empresa, evidenciada pela doutrina portuguesa<sup>364</sup>, que pelo facto de ser um dever acessório integrado na actividade do trabalhador, não permite uma ligação com o dever geral de lealdade.

O trabalhador assume através do contrato de trabalho a obrigação fundamental e elementar de trabalhar e como tal, tem o dever perante o empregador a cumprir a obrigação assumida, devendo-lhe a diligência necessária que determina o ETE, os convénios colectivos, as ordens emanadas ou as instruções correspondentes.

A diligência e produtividade estão intimamente ligados por um elemento subjectivo da vontade de querer, e um elemento objectivo, alcançar um resultado final; em qualquer caso, tanto o trabalhador quanto o empregador, mantêm um vínculo de reciprocidade exigido pela boa fé, como aliás, prevêm as alíneas a), e e), do artigo 5 do ETE, já que o dever de diligência tem uma interligação com o dever principal de boa fé, devido à força de facto do trabalhador ter de cumprir o estipulado pelo contrato trabalho.

<sup>363</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 13ª Ed., 2007, pág. 245.

<sup>364</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 538.

A diligência está associada ao cumprimento da prestação devida como refere a boa fé, e tal obriga a adoptar uma conduta de probidade, honestidade e zelo, de tal maneira que não defraude o empregador.

De qualquer forma, far-se-á referência aos valores tradicionais e essenciais para o sistema jurídico como seja a confiança, lealdade, honra e rectidão<sup>365</sup>, que são deveres recíprocos que exprimem o espírito de colaboração e confiança na relação jurídico-laboral.

Entendemos que o trabalhador cumpre o dever de diligência e assume a colaboração da produtividade da empresa, quando desenvolve a sua actividade com o interesse devido, tendo como objectivo alcançar o rendimento normal ou pactuado através do contrato de trabalho.

Porém, ao empregador assume-lhe o compromisso de não se envolver em situações que denotam negligência, da qual podem resultar danos ou má fé por tais condutas, que a jurisprudência aplica, ainda que essa negligência e falta de produtividade seja mais frequente por parte do trabalhador.<sup>366</sup>

A jurisprudência<sup>367</sup> vem defendendo a existência da justa causa de despedimento em determinadas situações, especialmente quando a violação do dever de diligência envolve tal intensidade que, independentemente de repetição, é penalizada como uma causa justa, por se dar uma quebra de confiança do trabalhador.

O dever de obediência exige “*cumprir as ordens e instruções do empregador no exercício regular das suas faculdades de direcção*”, como aliás estipula a alínea c), do artigo 5 do ETE, e o parágrafo 2), do artigo 128 do CTP.

Com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador assume um dever inicial: cumprir com as obrigações de uma forma diligente, ou seja, não basta em executar o contrato pura e simplesmente; além disso, na obrigação contratual subjaz o dever de comportar-se de forma diligente.<sup>368</sup>

<sup>365</sup> GIL Y GIL, J. L.: *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pág. 116.

<sup>366</sup> Vejamos a sentença do TSJ de Castilla-La Mancha de 01/02/2006 (RJ 115) que nega a responsabilidade civil ao empregador por inexistência de uma conduta culposa ou negligente. Assim como as sentenças TSJ Cataluña (dos) de 10/07/2006 (JUR 71441) e de 27/04/2012; em sentido contrário, a sentença TSJ Cataluña (Sala de lo Social) nº 7914/2002 de 11/12/2002.

<sup>367</sup> Cfr. Acórdão STJ de 01/10/1997, *CJ*, 1997, III, pág. 263.

<sup>368</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, pág. 255: “*El concepto de buena fe absorbe dentro de sus más vastas y elásticas fronteras a aquel de la diligencia*”; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II, - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 353-354.

Esta diligência traduz um conjunto de deveres representativos de uma conduta activa e determinada do trabalhador que permita satisfazer o interesse da outra parte e executar as tarefas estipuladas pelo contrato. Como é do nosso conhecimento, a diligência permite uma dupla classificação: objectiva e subjectiva, sendo que a primeira coloca um acento no resultado, e na obtenção de um rendimento, enquanto que a subjectiva é caracterizada pelos cuidados e cautelas.

Mas, salvo aqueles casos de trabalhadores que se encontram afectados por alguma incapacidade, é certo que a diligência objectiva é a que vigora em matéria laboral, e enquanto tal, com uma conotação com a atitude do trabalhador.

A diligência e a lealdade não são conceitos permutáveis, sendo que representam âmbitos de actuação distintos, e tanto a diligência como a lealdade expressam-se como formas de comportamento, que em última instância conectam-se, tal como acontece, por exemplo, na concretização dos deveres de segurança e higiene.

Ou melhor, entre ambos os conceitos existe uma relação de género e espécie; e ainda, o trabalho diligente pressupõe a existência de um marco fundado na boa fé. A diligência está associada ao cumprimento idóneo da prestação devida, isto é, o dever de trabalhar e o dever de ser diligente é uma moeda de duas caras, de tal forma que se o trabalhador concretiza a sua função sem a diligência necessária, então incorre num tipo de incumprimento contratual sancionado pelo legislador. Daí que a diligência esteja associada com a aptidão, com a perícia ou com a idoneidade do trabalhador, por que assim não acontecer, a deslealdade é sancionada.<sup>369</sup>

Tal como refere a jurisprudência portuguesa e espanhola, a diligência laboral exige um rendimento próprio ou normal do bom trabalhador<sup>370</sup>. Desta forma, e no sentido normativo, a diligência pode genericamente definir-se como grau de esforço exigido para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever. No que concerne à prestação de trabalho, a diligência devida, varia fundamentalmente com a natureza da função desempenhada, com um nível de aptidão técnico-laboral do trabalhador e com o objectivo

<sup>369</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 320: "(...) la diligencia consta de un elemento interno y subjetivo (...) y un elemento objetivo, de un resultado (la obtención del rendimiento). Igualmente posee la diligencia un aspecto cualitativo (según el cual el trabajador diligente deberá alcanzar un nivel correcto en la calidad de su prestación) y otro cuantitativo (según el cual deberá obtener un nivel correcto en la cantidad de trabajo realizado)".

<sup>370</sup> GARCÍA VIÑA, J.: *La Buena Fe en el contrato de trabajo, especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y social, Madrid, 2001, págs. 118-119.

visado, e esta conexão ao dever de lealdade traduz-se, concretamente, nas obrigações que tanto são pelo facto de fazer, como pelo facto de não fazer.

Esta dupla imperatividade consagrada na legislação e consagrada pela jurisprudência, permite executar o contrato de trabalho de boa fé e de estarem obrigados os trabalhadores de um modo geral a observar *“lealdade para como o empregador”*, pois impõe-lhes ter que ajustar a sua conduta a uma regra ética que se reflecte no cabal cumprimento das suas obrigações, não só as que se expressam através do contrato, mas também todas as outras que daí emanam, precisamente da natureza da relação jurídica, e que pela lei lhe pertencem. Mesmo quando a doutrina ao ocupar-se do tema *“lealdade”* do trabalhador no que respeita ao empregador, focou-se nas obrigações que este tem de *“não violar o segredo da empresa”* e *“não concorrer deslealmente”*, e tal significa que outros aspectos da relação laboral sejam abstraídos ao dever de trabalhar de boa fé, visto que no âmbito das relações jurídicas, esta boa fé com que se deve executar o contrato não é mais que uma concreta expressão dos usos sociais e uma específica aplicação de valores jurídicos que enfermam na totalidade do ordenamento jurídico.

A relação jurídica implica vínculos que não se reduzem ou abreviam exclusivamente nos seus efeitos puramente materiais, mas também se estendem aos de ordem moral e ético, os quais, por sua vez, impõem o cumprimento das obrigações recíprocas de forma leal e de maneira que todo excluam a possibilidade de dano, obscurecimento, incumprimento ou concorrência desleal com a outra parte.

Acontece que com a relação jurídica emanada do contrato de trabalho surgem outra série de obrigações e deveres recíprocos do empregador e do trabalhador, e desta forma, o contrato de trabalho não deve erigir-se como um instrumento para restringir os postulados constitucionais, porém, existem direitos do empregador, por exemplo a liberdade da própria empresa, como do trabalhador ao direito de informação, que está inerente pela simples circunstância de ser cidadão, e que não são absolutos na medida em que o primeiro encontra o seu limite, entre outras, na dignidade do trabalhador, no entanto, o segundo, na abstenção do trabalhador de tornar público algumas situações ou dados próprios e imanescentes à actividade empresarial que pela sua conotação, merecem, de forma legítima, um respeito à sua reserva.

Uma vez em vigor o contrato de trabalho, a responsabilidade indemnizatória exigida ao trabalhador e compatível com a disciplina, relaciona-se predominantemente, com o incumprimento grave (com culpa ou dolo) dos seus deveres contratuais de diligência, obediência e lealdade.

Os incumprimentos dos deveres contratuais do empregador durante a vigência da relação contratual constituem, possivelmente, os pressupostos mais importantes da responsabilidade de indemnização no contrato de trabalho, e esta conclusão justifica-se pelo facto da existência de um sujeito incumpridor, pelo momento em que tem lugar o incumprimento e a natureza dos mesmos.

Enquanto valor, a boa fé não só pode ser invocada para coarctar condutas nitidamente maliciosas ou fraudulentas, mas também para impor um modelo de conduta tutelado pelos ideais de lealdade e cooperação.

De tal forma que o conceito não sanciona uma conduta específica, mas que pela sua natureza e razão de ser, é predominantemente estabelecida não pelo ordenamento jurídico, mas pelas expectativas sociais do comportamento leal e exemplar.

A admissibilidade do dever de lealdade não supõe a introdução de paradigmas determinados que possam formular facilmente esquemas normativos de validade geral, mas tão só linhas, directrizes de conduta social que devem ser ajustadas caso a caso, sustentada no princípio universal que se tem vindo a discutir, e que impõe que as partes que negociam um certo arquétipo de conduta social, de lealdade e de fidelidade.

Todavia, no trato diário com os deveres laborais, o trabalhador deve sempre actuar de boa fé e diligência, ou seja, desempenhar as suas funções com dedicação, honestidade e profissionalismo, zelando pela eficácia e perícia na produção, de forma a justificar a sua retribuição mensal.

O dever de obediência deriva da subordinação jurídica e está inerente à organização empresarial, mas, qual é o limite desta obediência?

O dever de obediência tem limites que devem analisar-se caso a caso, e não se pode pois estabelecer princípios gerais.

Por outro lado deve distinguir-se, por exemplo, se o trabalhador pertence, e tenhamos como exemplo o pessoal militar ou policial em que se exige um cumprimento mais estrito às ordens emanadas, ainda que seja pessoal administrativo através de um contrato de trabalho. O trabalhador pode negar-se a cumprir uma ordem se: a) a mesma induzir um delito; b) se a competência para decidir sobre o assunto lhe é pessoal e o que dá a ordem está a usurpar a função; c) se o superior não é competente para dar a ordem; d) ou a ordem não está revestida de formalidades que o Direito exige.

Mas, o dever de obediência e enquanto dever acessório, é o mais importante a para do dever de lealdade<sup>371</sup>, porque o envolvimento pessoal do trabalhador e a componente organizacional do contrato de trabalho, justifica que o dever de lealdade do trabalhador não se reduza apenas a regras de um comportamento para com a outra parte, mas também na exigência de um comportamento correcto perante os interesses da organização.

A prestação do trabalhador é exclusivamente pessoal, e o é numa dupla dimensão: primeiro, porque pelo seu trabalho, o trabalhador compromete-se, enquanto destina uma parte das suas energias físicas e mentais que lhe são endógenas e que estão constituídas pela sua personalidade, a execução do contrato, ou seja, no cumprimento da obrigação que assumiu contratualmente; em segundo lugar, pelo facto de ser uma pessoa distinta de outros indivíduos, cada trabalhador difere de outro, diferenciando também as prestações de cada um deles, enquanto expressão da cada personalidade particular, e “perante tais circunstâncias, o contrato de trabalho não mantém a identidade se ocorre uma qualquer alteração na pessoa do trabalhador”.<sup>372</sup>

O trabalhador adquire a obrigação de colaborar de forma leal no cumprimento correcto das normas e instruções do empregador, estipuladas em relação com aspectos da segurança no trabalho, tal como está previsto um certo tipo de diligência, imprescindível para garantir a segurança, não só do próprio trabalhador, mas também dos colegas de trabalho ou de terceiros.

O alcance do dever de colaboração é determinado por factores nucleares: as possibilidades pessoais do trabalhador; a natureza das medidas de prevenção que estejam previstas na empresa; e, as instruções, tanto genéricas como específicas no âmbito da prevenção que lhe tenham sido fornecidas pelo empregador.

Cumprir as ordens e instruções do empregador no exercício regular das suas funções directivas, pois o trabalhador está obrigado a realizar o trabalho previsto sob as ordens do empregador ou a pessoa por este denominada e da qual emanem ordens ou instruções, pois a indisciplina ou desobediência no trabalho, se grave e culpável, pode ser causa de despedimento. Sem prejuízo de que não existe um conceito homogéneo deste princípio, a boa fé traduzir-se-á pela obrigação das partes contratantes que lhe exige actuar correctamente, de forma honrada, sem intenção de prejudicar ou “*ofuscar*” as cláusulas acordadas, obrigando-se

<sup>371</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II, - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 353-354, concretizando que o: “(..) trabalhador deve obediência não apenas às directrizes do empregador sobre o modo de desenvolvimento da sua actividade labora (ou seja, ao poder directivo), mas também às directrizes emanadas do poder disciplinar prescrito, em matéria de organização da empresa, de comportamento no seu seio, de segurança, higiene e saúde no trabalho, ou outras”.

<sup>372</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 17ª Ed., Madrid, Civitas, 1999.



a observar uma determinada atitude de respeito e lealdade no tráfico jurídico, seja no exercício de um direito, ou de uma obrigação. No fundo, faz-se referência a valores tradicionais e essenciais para o ordenamento jurídico como sejam a confiança, a lealdade, a honorabilidade, ou a rectidão.

Estes deveres são recíprocos e exprimem o espírito de colaboração e confiança aplicáveis nas relações laborais, pois através deles, impede-se as partes de actuarem motivadas por um simples interesse particular ou exclusivo, que faça perder o sentido de utilidade comum, que deve prever o contrato de trabalho, e presumivelmente deve impender entre as partes uma relação de urbanidade e respeito, que a lealdade exige.

O dever de lealdade supõe proteger uma série de relações jurídicas, com o objectivo de salvaguarda de carácter moral ou social, e no âmbito laboral, a lealdade tem em comum a protecção do contratante diligente e que actua fundado num procedimento correcto, sem que exista fraude ou dolo no seu trabalho. Deste modo, a lealdade dos actores laborais traduzir-se-á de maneira que tanto a declaração ou conduta, bem como a sua vontade, se ajustem não só aos cânones da legalidade, mas também e sobretudo, aos da justiça. Tal justifica que a protecção do ordenamento se desenvolva em toda a sua intensidade quando o erro em que se incorreu, não seja irresponsável, quando para chegar à convicção se haja empregue a diligência própria de uma pessoa cuidadosa.

Mas não se pode considerar enganado quem conhece e sabe da existência de uma fraude ou de um abuso perante uma determinada actuação ou figura contratual; nem o ordenamento jurídico poderia acolher tal situação, pois o que se procura precisamente é evitar os subterfúgios ou situações enganadoras, que mais não são que atitudes desleais.

O dever de cooperação expressa-se em tarefas e obrigações concretas, e nesse âmbito, existem algumas que devem ser realçadas, pelo facto de estarem intimamente ligadas ao dever de lealdade, ou seja, o *dever de aviso*, o *dever de segredo* e o *dever de diligência*. (i) O *dever de aviso*, sintetiza um dever geral de informação e comunicação por parte do trabalhador.

Estas exigências, de certo modo, entendem-se vinculadas ao posto de trabalho do dependente e a natureza das obrigações por ele assumidas; (ii) O *dever de segredo* obriga a guardar a devida confidencialidade e discrição sobre determinados assuntos ou informações das quais tenha tomado conhecimento o trabalhador em razão do seu cargo. Trata-se certamente, de antecedentes relevantes, sobre os quais existe um fundado interesse em que não sejam divulgados, e nesta perspectiva, devem ser considerados como informações relevantes as de carácter técnico, científico ou de recurso.

E este *dever de segredo* é o verdadeiro limite à liberdade de expressão, no sentido em que o trabalhador não pode divulgar nenhum tipo de informação ou dados que possam prejudicar o empregador e/ou causar prejuízo a imagem da empresa.

E não podemos esquecer de fazer referência no que diz respeito aquelas matérias que se encontram ligadas à intimidade, à honra ou à privacidade do empregador, pelo contrário, a revelação de irregularidades que suponham um funcionamento anormal da empresa e que, no caso de se tornarem públicas, beneficiam o interesse social, não deviam ficar sujeitas a este dever. Tão pouco estar os actos ilícitos praticados pelo empregador, e (iii) Os deveres de diligência. Tal permitir-nos-á fazer referência ao cumprimento das obrigações vinculadas com a assistência, guarda e conservação das pessoas e das coisas. No âmbito das expressões mais convincentes deste dever encontram-se as proibições de suborno ou sabotagem. Também é geralmente habitual incluir-se dentro desta categoria as proibições de concorrência desleal, que permitem fazer uma perfeita associação com a deslealdade, seja do trabalhador, ou seja do empregador.

Uma referência à parte merece as exigências derivadas do princípio da confiança. Como se sabe, a lealdade é um conceito estritamente vinculado à confiança mútua, embora exceda a sua extensão.

Haveria assim de agregar que, no âmbito laboral, todos os trabalhos têm envoltos o dever básico de probidade e correcção pelo trabalhador, que se reveste precisamente na confiança da contraparte. Por isso, e independentemente da tarefa assumida, e do cargo que o preencha, o trabalhador não pode iludir estes deveres básicos. Daí que não possa concorrer deslealmente com o seu empregador, que não possa aceitar subornos nem receber gratificações ou revelar os segredos relativos à empresa. Tão pouco pode abusar da confiança nele depositada, porque o que está em causa é o compromisso de lealdade inter-partes, isto é, a persistência da reciprocidade.

Contudo, e dentro do catálogo de alternativas que apresenta a realidade laboral, existe um colectivo de trabalhadores que se vincula com o empregador precisamente em razão da confiança nele depositada. Não é a mesma confiança a que se fez referência no parágrafo anterior, pelo contrário, trata-se de uma posição especial no âmago da empresa que deixa em evidência que certos trabalhadores se encontrem muito próximos do empregador, como se trata-se de uma espécie de *alter ego* destes.

A concorrência dessa confiança acentua o carácter personalíssimo do cargo, questão que obriga a que o trabalhador execute condutas positivas que vão para além da prestação de

trabalho<sup>373</sup>. É o caso, e por exemplo, do alto cargo directivo, do trabalhador de serviço doméstico, ou de toda a pessoa que ingressa na organização empresarial para dirigir e gerir a empresa, porque o conceito de exclusiva confiança é uma questão de apreciação que deve estar fundamentada na natureza da função desempenhada.

Em geral, estes cargos devem ser referenciados a certos postos-chave dentro da estrutura da organização, que corresponde desempenhá-los a trabalhadores excepcionais ou únicos, os que têm a responsabilidade da gestão dos negócios ou de uma empresa em particular, com a faculdade de administrar, dirigi-los de uma forma geral e inclusive representar o empregador perante terceiros, e é precisamente nestas relações laborais que o dever de lealdade é bastante mais acentuado, e também de deve incluir esta categoria os trabalhadores das empresas ideológicas e os trabalhadores que manuseiam recursos ou valores do empregador.

Em todos estes casos, o trabalhador de exclusiva confiança vê-se obrigado a um elevado dever de lealdade e que está de acordo com a posição que ocupa no interior da estrutura organizacional criada pelo empregador. Daí que se este trabalhador vulnera a confiança nele depositada, ou abusa da mesma, então presumir-se-á que incorreu numa modalidade qualificada de infracção.

É nossa firme convicção, que nas relações laborais, os deveres contratuais aludidos nesta epígrafe têm uma dimensão nuclear em torno do dever de lealdade, elevada, e a pertinência actual do mercado de trabalho, com a vulnerabilidade existente, consolida a lealdade enquanto núcleo celular, pois os outros deveres gravitam na mesma órbita.

### ***7. A lealdade em certos cargos e postos de trabalho***

A lealdade do trabalhador é uma manifestação de compromisso organizacional<sup>374</sup>, a força relativa de uma identificação individual com e participação numa organização particular, com base na internalização e identificação.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> SIERRA HERRERO, A.: *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, Pág. 115.

<sup>374</sup> Comprometimento Organizacional é o vínculo organizacional do trabalhador com uma empresa. Dentre os possíveis vínculos existentes, o que está relacionado com a lealdade é o “vínculo afectivo”, que representa o desejo de contribuir, sentimento de orgulho em permanecer na organização, ver: BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56.

<sup>375</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

Os comportamentos do trabalhador podem ser caracterizados por três factores relacionados, tais como: uma forte crença e aceitação dos objectivos da organização e valores, uma vontade para exercer um esforço considerável em nome da organização e um forte desejo de se manter membro da organização.<sup>376</sup>

A lealdade do trabalhador é manifestada por uma relação activa com a organização, de tal forma que os indivíduos estão dispostos a dar algo de si, a fim de contribuírem para o bem-estar da organização,<sup>377</sup> sobressaindo um compromisso que inclui crenças e acções, e a lealdade reflecte uma afectiva resposta à organização como um todo e é estável ao longo do tempo<sup>378</sup>, e pode ser definida como uma medida do nível de contacto com a empresa, com os seus colegas e com os clientes, com o intuito de permanecer por muito tempo na organização.<sup>379</sup>

Há basicamente dois tipos de deveres dos administradores/directores/trabalhadores dirigentes: o dever de lealdade de amplitude incomensurável, e o dever de não concorrência, sendo que o dever de lealdade constitui a maior parte do montante dos deveres e o dever de não concorrência “*parece ser um dever independente*”, que serve de apoio ao dever de lealdade, a fim de prevenir a colisão de deveres de lealdade, onde são devidos a mais de uma empresa.<sup>380</sup>

O factor-chave que determina ou não, se existe um possível conflito de interesses ou conflitos de deveres, será a questão da confidencialidade, e se o dever de confidencialidade for seguido ou se o trabalhador participa de uma actividade que seja diferente das actividades da empresa principal, não há problemas da manutenção de ambos os empregos.<sup>381</sup>

O dever de não concorrência irá permanecer, enquanto o profissional tiver o cargo de dirigente na empresa, e a própria renúncia a este cargo determinará o termo deste dever e o ex-trabalhador terá direito a tomar um novo emprego, sem a necessidade de fazer qualquer divulgação à sua antiga empresa, e note-se que a rescisão do dever de não concorrência não tem efeito sobre o dever geral de lealdade.<sup>382</sup>

O ordenamento jurídico estabelece que, nos casos do não cumprimento do dever de não concorrência, a indemnização seja paga por todos os danos sofridos pela companhia,

<sup>376</sup> STOKES, PETER: *Critical concepts in managment and organizations*, Palgrave, New York, 2011, págs. 17-23.

<sup>377</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 52-55.

<sup>378</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>379</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalt*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>380</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 48-51.

<sup>381</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 44-47.

<sup>382</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 48-49.

como resultado de violações da lei, ou do contrato de trabalho, ou dos estatutos, ou de outros actos ilícitos cometidos pela administração no exercício das suas funções.<sup>383</sup>

A responsabilidade da empresa é, principalmente, uma responsabilidade decorrente de um contrato de trabalho com base nos erros cometidos pelo trabalhador, no exercício das suas funções, e a empresa, que sofreu perdas e danos, deve provar que houve violações do dever de lealdade ou de outras funções e quais foram as consequências para a empresa dos resultados destas violações,<sup>384</sup> e desta forma, o dever de lealdade, e sobretudo de não concorrência e confidencialidade, dos trabalhadores dirigentes são devidos à empresa, e qualquer perda resultante de violações destes deveres serão presumidos, como perdas e danos para a empresa, ou seja, a empresa torna-se o pólo activo da acção processual, contra os administradores, que estarão no pólo passivo da acção.<sup>385</sup>

Actualmente, está implícito na análise doutrinal e legislativa deste estudo, que a lealdade absoluta não significa vassalagem, isto é, a vida individual e a vida laboral só se cruzam perante a estrita medida da relação laboral<sup>386</sup>, e doutrina laboral é conclusiva e exprime-se da seguinte forma: *“onde falta lealdade e boa fé devidas, há um incumprimento e não há um exercício de um direito, nem fundamental nem ordinário, e não poderá haver protecção, se não uma sanção”*, considerando que nestes casos, aliás comum aos dois países em análise -, o exercício abusivo e a má fé<sup>387</sup>, assim como é descrito que o dever de lealdade deve ser reconhecido numa dimensão restrita e uma dimensão ampla, sendo que é ampla, enquanto um *“dever orientador de conduta e que não é mais do que a concretização laboral do principio da boa fé”*.<sup>388</sup>

Em termos gerais, o dever de lealdade dos profissionais que exercem altos cargos de administração ou direcção, significa que eles vão promover os interesses da empresa e, ao mesmo tempo, se abstenham de prejudicar a empresa, e a promoção dos interesses da sociedade constitui um aspecto positivo do dever e, por outro lado, forma um aspecto

<sup>383</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 50-51.

<sup>384</sup> MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012, págs. 50-54.

<sup>385</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 50-52.

<sup>386</sup> La jurisprudencia constitucional ha hecho referencia a este rasgo de la buena fe en un conocido pasaje jurisprudencial: *“no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional”* (STC 120/1983).

<sup>387</sup> MONTROYA, A.: cit. (n. 18), pág. 83.

<sup>388</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 357.

negativo, quando da obrigação de se abster de prejudicar a empresa, sendo que os aspectos positivos e negativos formam um critério material do dever de lealdade.<sup>389</sup>

A fim de assegurar o cumprimento do dever material das partes<sup>390</sup>, o critério formal deve ser aplicado, o que exige que a participação dos directores nos assuntos de negócios, que não sejam aqueles de interesse da empresa, estarão sujeitos ao critério do “*aspecto formal-material*”.<sup>391</sup>

O aspecto formal consiste de situações potenciais ou reais de conflitos de interesses que são objectos de divulgação ao órgão de fiscalização. A pessoa envolvida deve ser libertada, a partir do processo de decisão. O aspecto material significa que a transacção entre a empresa e seu director devem ser concluídos em condições de mercado.<sup>392</sup>

Apesar de uma questão para debate, alega-se que os trabalhadores dirigentes também terão em conta os interesses públicos e devem exercer um comportamento socialmente responsável com a comunidade, no entanto, esta não pode ser considerada como uma obrigação que incumbe no âmbito do dever de lealdade.<sup>393</sup>

Manter elevados os níveis de competitividade organizacional é importante para a sobrevivência organizacional e bem-estar dos trabalhadores. As rápidas mudanças na demanda de tarefas e redefinições de papéis devidos à concorrência global e ao uso da tecnologia da informação significam que os controlos tradicionais não são mais eficazes.<sup>394</sup>

Dentre determinados factores que influenciam a vida de uma empresa está a lealdade no trabalho<sup>395</sup>, que tem atraído muito a atenção, devido à expectativa de que os trabalhadores leais actuarão no melhor interesse de uma organização, e um segundo factor, não menos importante que a lealdade, é o compromisso do trabalhador.<sup>396</sup>

Alguma investigação tem incidido sobre os antecedentes e consequências deste compromisso e lealdade,<sup>397</sup> mas o que interessa na relação laboral é a existência de uma

<sup>389</sup> PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011, págs. 15-19.

<sup>390</sup> Dever material das partes representa o zelo pela lealdade contratual. Ver: STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 33-35.

<sup>391</sup> Aspecto formal-material - acto processual que resolve o litígio material autónomo, extinguindo ou não o processo. Consulte: FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, pág. 90.

<sup>392</sup> FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011, págs. 90-94.

<sup>393</sup> GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 50-51.

<sup>394</sup> ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance management*, 3ª Ed., Kogan page, London, 2006, págs. 34-38.

<sup>395</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56 e FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>396</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56 e FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>397</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56 e

liberdade de acção, agindo no interesse das partes, pois se assim não acontecer, poderá advir a existência de conflitos, tendo sempre em consideração que a subordinação jurídica está relacionada com a dependência, sendo a possibilidade do empregador dar ordens ao trabalhador no ambiente e questões de trabalho, e estas ordens dizem respeito ao lugar, tempo e modo de produção, conforme os critérios estipulados.<sup>398</sup>

Contudo, o dever de lealdade está implícito não só nos profissionais que exercem altos cargos, apesar de que é em nossa opinião os que assumem um grau de lealdade mais vincado e elevado, pois reconhece-se que através do vínculo adquirem conhecimentos de “*alto valor nutritivo e apetecível para a concorrência*”, e daí que tanto o dever de não concorrência e dever de sigilo adquiram pelo grau de confiança que o empregador neles deposita, um dever de lealdade mais acentuado.

Os interesses da estrutura organizacional devem sobrepor-se aos interesses pessoais do director/administrador, e o dever lealdade está em respeitar essa ordem de valores, pois haverá lealdade à empresa que se dirige quando em hipótese de conflito de interesses se decide em favor do interesse da sociedade, dando-se prevalência ao atendimento desse interesse em face de eventuais interesses próprios.

Ao trabalhador que ocupa cargos de direcção está, portanto, vedado usar das oportunidades que lhe surjam pelo facto do poder de direcção, devendo, para ser leal com a empresa, sobrepor o interesse desta ao seu próprio, não lhe sendo permitido, sob pena de ilicitude, realizar negócios em seu proveito ou de outrem, quando a oportunidade surgida deveria ser prioritariamente utilizada a favor da empresa, pois se era uma boa oportunidade a ponto de ser usada por este trabalhador, que decide pelos actos da empresa, deveria ele ter agido em função dos interesses societários e não em função de seu interesse particular.

A vida das pessoas desenvolve-se, primordialmente, no exercício profissional, que, na maioria das vezes, se dá no seio de uma empresa, e é na empresa que as pessoas se formam, se realizam, se relacionam, e é a empresa na qual se trabalha, como trabalhador ou dirigente, o meio em que os valores positivos devem ser quotidianamente respeitados, fazendo-se da honestidade e da lealdade um vector definidor do agir concreto e não apenas um distante e abstracto ideal de comportamento.

Só a valorização da lealdade pode ser um obstáculo ao degenerado ambiente empresarial do início do século XXI.

---

FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>398</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 24ª Ed., 2006, pág. 59.

No caso concreto dos empregados domésticos temos que considerar que exercem uma função que exige conhecimento da vida familiar do empregador, onde haverá que existir uma elevada confiança e lealdade, essenciais para consolidar a segurança, o bem estar, o sigilo, o conforto e as próprias necessidades mútuas às partes.

A quebra de confiança induz no empregador a existência de uma quebra culposa que pressupõe a violação de deveres contratuais específicos<sup>399</sup>, e tal ocorre quando impera a deslealdade do trabalhador, numa perfeita alusão à manifestação da verdade que foi implementada através do contrato de trabalho.

O carácter peculiar destas relações que se assumem no lar do empregador e que justificam uma mútua confiança entre as partes outorga determinados direitos ao empregador através das legislações especiais, tanto em Portugal<sup>400</sup> como em Espanha<sup>401</sup>, e que estão, em parte vedadas em outros regimes especiais de contrato de trabalho.

O ambiente familiar é integrado por pessoas que por razões óbvias convivem e interagem por razões familiares, de amizade ou por outro motivo, e é neste espaço que prolifera uma troca de ideias, de emoções e pensamentos, e nos quais sobressaem e projectam os direitos de intimidade, e que permite a convivência de uma pessoa estranha que por razões contratuais invade a privacidade das relações pessoais do lar familiar.<sup>402</sup>

Esta relação laboral especial apresenta uma série de características que tornam singular e que a distinguem da relação laboral comum e de outras relações laborais especiais, em que impera no âmbito da prestação um nexo de mútua confiança e flexibilidade que se concedem reciprocamente<sup>403</sup>, e é a partir daqui, que se justifica uma regulamentação específica, ainda que, a imperatividade exposta pelo CTP e ETE possa ser suficiente quanto baste para caracterizar esta especificidade.

É relevante também alocar que, e em caso de despedimento com justa causa, ou em situações de denúncia contratual pelo empregador, mantém o direito à residência entre as 17 horas e as 8 horas do dia seguinte, salvo se a extinção do contrato de trabalho for motivada por uma falta muito grave dos deveres de confiança ou lealdade.

<sup>399</sup> Cfr. o acórdão do STJ de 22/01/1997, *CJ*, 1997, I, 150: “ (...) Sendo o contrato de trabalho celebrado com base numa recíproca confiança entre empregador e trabalhador, devem as suas relações obedecer aos ditames da boa fé e desenvolver-se nessa relação de confiança, a qual uma vez quebrada pode constituir justa causa de despedimento ”.

<sup>400</sup> Regime jurídico estipulado pelo DL 235/92.

<sup>401</sup> Regime jurídico estipulado pelo RD 1620/2011.

<sup>402</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: *La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar*, Tomo I, 1986, pág. 3, acentuando este autor que nesta união familiar imperam diversas razões, entre elas as de convívio.

<sup>403</sup> Veja-se a exposição dos motivos elencados no RD 1424/1985.



A função que o trabalhador ocupa na empresa deve ser investido de confiança, e com a divulgação de métodos sigilosos do serviço ocorre uma inversão no que deve pautar a relação laboral, e no caso dos representantes comerciais, pelo facto de possuírem uma “*certa liberdade*” inerente à função que desempenham, a existência, na maior parte dos casos de um horário flexível<sup>404</sup> -, pressupõe um grau de confiança pelo empregador no desempenho cabal da sua actividade, porém, um trabalhador que tenha uma conduta privada reprovável, ainda que lícita, não poderá, por princípio, ser despedido por causa dessa conduta, mas tal já poderá suceder se de tal conduta decorrer o perigo de uma diminuição da sua aptidão para o trabalho, em moldes de comprometer gravemente a sua prestação, ou se tal comportamento quebrar o elo de lealdade e de confiança entre as partes em que assenta o contrato.<sup>405</sup>

Deve o representante comercial cumprir as instruções transmitidas pelo principal que não atinjam a sua autonomia, bem como transmitir os elementos pertinentes sobre a solvabilidade dos clientes, numa total e absoluta de lealdade para com o empregador, e a obrigação de sigilo quanto aos “*segredos*” de que teve conhecimento no exercício da sua actividade de representante.

Verifica-se que o legislador português não considerou uma forma de relação laboral especial<sup>406</sup>, porém, na relação contratual está prevista a boa fé, é o núcleo obrigacional desta relação, assim como e acessoriamente pelos deveres de lealdade e diligência que caracteriza esta função.

O legislador espanhol e na senda da Directiva 86/653/CEE, e através do RD 1438/1985, caracteriza o representante comercial como o profissional que realiza a sua actividade na sequência das instruções do empregador, sendo que as pratica fora do âmbito organizativo e sem sujeição ao cumprimento de um horário definido, tendo que, e por este efeito presumir uma relação laboral especial, ou seja, o representante comercial é um profissional que se pode obrigar com um ou mais empregadores, e a troco de uma retribuição,

<sup>404</sup> A doutrina espanhola profere uma critica com relação ao horário dos altos dirigentes prevista no artigo 7 do citado RD, afirmando que o RD permite que a jornada de trabalho seja fixada pelo contrato de trabalho, contudo, denotam que o contrato não pode determinar prestações para o trabalhador que excedam aquelas que sejam usuais no âmbito profissional em causa, pois tal limitação com relação ao que é usual é de difícil aplicabilidade prática. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 544. Com o devido respeito, mas comungamos de outra opinião, pois a mesma trata da dificuldade de limitação exposta pela relação ao tipo de trabalho realizado pelo trabalhador dirigente, contudo o que o artigo quer dizer, e de facto é a nossa opinião, é que o trabalhador deve ter as suas atribuições usuais da relação de trabalho, não podendo estas ser extrapoladas tendo em vista um horário de trabalho diferenciado.

<sup>405</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 901.

<sup>406</sup> O CTP não faz qualquer alusão a este regime, sendo todavia regulado pela lei comercial e pelo DL 178/86.

promover ou concretizar operações comerciais por conta própria, sem que sejam responsáveis pelos riscos que possam daí resultar.

A relação laboral de um representante de comércio goza dos mesmos privilégios em termos de direitos e obrigações que possam derivar de uma relação laboral de carácter geral, devendo cumprir algumas obrigações, entre as quais, desenvolver a sua actividade de forma correcta, evitando uma qualquer atitude que possa evidenciar concorrência desleal, tal como refere a alínea b), do artigo 9, ou que possa prejudicar o prestígio do empregador, e ainda, entre outras, tem o dever de honestidade e urbanidade na entrega dos valores resultantes das transacção efectuadas, ou seja, o dever de boa fé persiste nesta relação.

O representante comercial, e porque tem uma relação laboral especial, vê atenuada o elemento de dependência perante o empregador, pois ao realizar a sua actividade externamente à localização da empresa, vê impossível um controle dessa mesma actividade pelo empregador, o que releva substancialmente a diligência devida e a confiança mútua.

Há, que reconhecer, e no âmbito do contrato de trabalho dos desportistas profissionais, que o princípio geral da irrelevância dos actos da vida privada do trabalhador para efeitos laborais sofre derrogações aquando de circunstâncias especiais, relacionadas com o tipo de funções desempenhadas pelo trabalhador ou com a natureza particular dos interesses da entidade empregadora, possam conduzir a que tais actos, e adquiram maior relevância disciplinar, por influírem negativamente sobre a expectativa de correcto cumprimento da prestação laboral.

Em certos casos, excepcionais embora, a saber, *"naquelas relações caracterizadas por uma particular estrutura ou por vínculo fiduciário, nas quais a vida privada do trabalhador pode ter influência sobre a prestação"*<sup>407</sup>, e é com efeito, lícita a imposição ao trabalhador de um padrão de conduta da sua vida privada adequado aos interesses da entidade empregadora, pendendo sobre aquele o dever de abster-se de adoptar comportamentos que prejudiquem os interesses desta dignos de tutela, o qual decorre, aliás, dos cânones habituais, integrantes dos deveres de colaboração, de um comportamento leal, que configuram o adequado cumprimento do contrato.

Decisivo é que, na apreciação de cada caso em concreto, a gravidade de conduta do trabalhador não deixa de influir decisivamente na maior ou menor confiança e responsabilidade que a entidade empregadora possa razoavelmente exigir do trabalhador em

<sup>407</sup> GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 267; e neste contexto tenhamos em consideração, para além dos desportistas profissionais, os trabalhadores que exerçam altos cargos de direcção, os responsáveis de vigilância, entre outros.

virtude do tipo de funções que este se obrigou a desempenhar<sup>408</sup>, pois que os deveres de colaboração e de lealdade, em geral, de carácter objectivo, mantêm-se exclusivamente no âmbito contratual e não no da lealdade ou fidelidade pessoais.

Rejeitamos, de sobremaneira, a posição daqueles que defendem a existência de trabalhadores de tendência fora do âmbito das organizações de tendência, como seria o caso dos desportistas profissionais ou do trabalhadores que ocupam "*altos cargos de confiança*", já que aceitá-la implicaria confundir, com perda total da virtualidade delimitadora da noção de organização de tendência, liberdade ideológica na sua vertente colectiva (única justificadora da limitação dos direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador, por ter a mesma relevância constitucional) com interesse da empresa.

No que respeita aos deveres da entidade empregadora, e no que concerne ao contrato de trabalho de artistas em espectáculos públicos, consagram-se na legislação portuguesa, de alguns deveres gerais, o que significa que qualquer empregador estará adstrito a tais obrigações, porém, consagra, e a nosso ver muito bem, alguns deveres específicos para a actividade artística em causa, tais como: respeitar e tratar os trabalhadores com respeito, evitando observações que possam ferir a sua dignidade humana, de *artista* e de *profissional*<sup>409</sup>, bem como providenciar para que exista um bom ambiente de trabalho, nomeadamente no que concerne à higiene e saúde laboral.

Contudo, o artista está obrigado a realizar a actividade artística para a qual foi contratado, nas datas indicadas, com a diligência específica que corresponda à sua aptidão profissional e artística, e se por um lado, a prestação do artista depende não só do seu esforço e trabalho, como também do sentimento e da vocação artística, por outro, o seu trabalho deverá conciliar-se com as directrizes do empresário na organização do espectáculo.

<sup>408</sup> Cfr. e a título de exemplo, o acórdão do TRP, de 16 de Dezembro de 1985, *CJ*, 1985, tomo V, pág. 212, do caixa de um supermercado condenado por furto a um supermercado ou do professor de um colégio de raparigas condenado por violação, representando o sector bancário o campo de eleição da jurisprudência nesta matéria. Na jurisprudência portuguesa, cfr. ainda o acórdão do STJ, de 23 de Fevereiro de 1990, cujo ponto IV do respectivo sumário se transcreve: "*IV. O comportamento do trabalhador integrará 'justa causa' de despedimento quando se mostre que, pela sua gravidade e consequências e, designadamente, pela quebra da necessária confiança, apreciada à luz das funções desempenhadas pelo mesmo trabalhador, comprometa definitivamente a subsistência da relação de trabalho.*", o (já referido) acórdão do mesmo Supremo Tribunal, de 30 de Março de 1990, podendo ler-se no ponto VII do respectivo sumário: "*A gravidade dessa ofensa deve ser apreciada à luz das funções do trabalhador, devendo considerar-se tanto mais intensa quanto mais elevados forem, quer a posição do trabalhador no quadro funcional da empresa, quer as tarefas que lhe estejam cometidas, quer o grau de confiança, por parte da entidade patronal.*" E, por fim, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de Março, de 1994 que considerou justificado o despedimento por "*a conduta do recorrente, chefe de estação dos CTT, integrar um comportamento grave, por fraudulento e prejudicial para o Estado, integrador de actos criminalmente puníveis, praticado por um funcionário em posição de chefia, violador dos elementares deveres de lealdade, honestidade e confiança que aquele cargo implica em maior grau.*"

<sup>409</sup> ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 68-69.

Assim sendo, a diligência do artista não se pode medir por critérios objectivos, pois está condicionada a aspectos de carácter subjectivo, uma vez que a sua prestação pode ser influenciada por “*agentes externos*”.

Há ainda que realçar que o artista, tal como qualquer outro trabalhador, está submetido ao dever de não concorrência com a actividade do empresário, nos termos da alínea d), do artigo 5 do ETE, não podendo o artista desenvolver a actividade, seja por conta própria ou alheia, sem o consentimento do empresário, sendo que o pacto de exclusividade “*exclui a concorrência lícita*”.<sup>410</sup>

Em Portugal, esta tipologia contratual, e para além da legislação específica que a sustenta, e como aliás em Espanha, permite-nos observar que um modo geral os deveres das partes são genéricos, e estão reforçados, ora pela legislação ordinária ora pela jurisprudência, e no que diz respeito ao dever de lealdade, em que existe um acervo consuetudinário de apreciação do comportamento das partes, que releva a manutenção ou desvinculo contratual.

O advogado sujeito a um contrato de trabalho, não se acha submetido às ordens e à subordinação do empregador nos moldes usualmente admitidos, pois, consoante asseveram as normas deontológicas ibéricas, a relação de trabalho na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Desta forma, e como não se submete à obrigação de prestar serviços de interesse pessoal da sua entidade empregadora, cumpre-lhe zelar pela sua liberdade e independência, ampliando desta maneira a garantia de actuação e de isenção que deve ser preservada, e que por força das particularidades da profissão, que o sujeitam a normas, o poder directivo do empregador, não pode ser exercido com a mesma liberdade aplicada aos trabalhadores comuns.

No exercício das funções que desempenha, o advogado, estando legitimado por contrato de trabalho, a sua actuação é demarcada por um conjunto de deveres ético-profissionais que imperam sobre as características do contrato de trabalho e o modelam, sendo que ao advogado exige-se um padrão de diligência e lealdade compatíveis com a profissão que exerce.

Essas obrigações são a concretização do dever de independência e isenção, por forma a assegurar que o advogado não é perturbado por outros interesses que não sejam o do próprio

---

<sup>410</sup> ALZAGA RUIZ, I.: *La Relación Laboral de los Artistas*, CES, Setembro de 2001, pág. 233.

cliente, e por outro lado, mal se compreenderia como poderia o advogado assegurar a defesa de interesses contraditórios em igualdade de circunstâncias e com igual vantagem.

Como poderia o cidadão confiar uma questão aos cuidados de um advogado se pela sua cabeça passasse a ideia que os seus interesses estariam a ser negligenciados em favor de outro cliente da entidade empregadora? Pois é do princípio da confiança, que realça a base da relação advogado-cliente, e nasce um dever de lealdade também salvaguardado por aqueles normativos.

O advogado no exercício da profissão, mantém sempre em qualquer circunstância a sua independência, agindo livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar à sua entidade empregadora, e tais profissionais estão obrigados a defender os direitos, liberdades e garantias, a pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas.

O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções., sendo que a obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço, ou seja, *o advogado vinculado por contrato de trabalho não pode ter uma dupla veste, com deontologias diferentes, e antes deve opor-se tenazmente à aparente “vantagem” que daí lhe adviesse, e que, de facto, mais não seria do que uma “capitis diminutio” à sua inteireza profissional. Se é certo que a sua relação laboral, não pode afectar a sua plena isenção e independência técnica perante a entidade empregadora, nem violar os Estatutos a que está vinculado, não tem o direito nem se lhe pode exigir que tenha o dever de ter um regime diferente em matéria tão transcendente como a do segredo profissional.*<sup>411</sup>

Portanto, a regra é que todos os advogados são obrigados a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhes advenha do exercício das suas funções, e insiram-se estas no âmbito de uma prestação de serviços ou no âmbito duma prestação laboral, sem que contudo possam desvirtuar o carácter de lealdade que os mantém através do contrato de trabalho.

---

<sup>411</sup> LOPES CARDOSO, A.: *Do Segredo Profissional da Advocacia*, Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados Portugueses, pag. 45, sitio da OA, [www.oa.pt](http://www.oa.pt), acesso em 25/05/2013.

O contrato de trabalho dos profissionais de informação, e em virtude do estatuto particular de que são alvo, configura a aceitação pela entidade empregadora, de que uma parte substancial destes trabalhadores gozem de especiais condições de autonomia, o que condiciona os deveres de lealdade e obediência, típicos, de resto, em qualquer estrutura empresarial, ou seja, a uma lealdade e uma obediência superiores, e não só à sociedade, com a qual se comprometem pela veracidade, suposta, que transmitem, e que devem prestar contas, através de um meio que não é sua propriedade.

O profissional de informação, para além da responsabilidade que assume com a entidade empregadora, com a qual se encontra vinculado através de um contrato de trabalho, está sobretudo obrigado a reger-se por normas próprias da sua actividade profissional, traduzidas frequentemente por códigos de conduta ou códigos deontológicos, que vai além da própria jurisdição laboral, seja no CTP, seja no ETE, o que teoricamente parece bastante cristalino no plano dos princípios, nem sempre o é na prática.

É usual, até pela contemporaneidade da actividade informativa, que a conflitualidade entre o intelectual e o laboral seja um veículo de análise inter-partes que reduz a confiança, ou porque a entidade empregadora pretende consolidar a fidelidade dos seus parceiros, seja pela liberdade intelectual dos trabalhadores, acabando estes por ter que servir a duas entidades, um público e uma entidade empregadora, e dá que tenham que assumir uma denominada “*dupla personalidade*”, e que mais não é que uma “*dupla lealdade*”, isto é, perante a entidade empregadora à qual o vincula um contrato de trabalho, com as vicissitudes a ele inerentes, e perante o público-alvo como um todo, ao qual existe a obrigação do direito à informação, à participação consciente e ao direito de liberdade de expressão.

Ou seja, o trabalhador de informação vê-se assim fragmentado por essa “*ambiguidade essencial*”<sup>412</sup>, de ser, ao mesmo tempo, “*funcionário da humanidade*” e “*funcionário de uma indústria*”<sup>413</sup>, bem sabendo entre qual das lealdades deve escolher no caso de elas divergirem ou entrarem em conflitualidade.

A ambiguidade de uma profissão marcada por *cânones* de uma profissão liberal, mas que é exercida num contexto de contrato de trabalho, torna esta relação jurídica especial uma profissão em que a prestação se torna complicado o seu cumprimento de forma imparcial, abnegada e vocacionada para uma sociedade livre, e que está acima de quaisquer bens privados.

<sup>412</sup> GARCIA, J. L.: *Os jornalistas portugueses enquanto actores do espaço público mediatizado – Legitimidade, poder e interpermutação*, Comunicação e Linguagens, 1995, nº 21/22, págs. 365-382.

<sup>413</sup> *Ibidem*, págs. 365-382.

A relação laboral dos professores de religião em centros públicos de ensino apresenta vários requisitos conexos aos princípios de igualdade, mérito e lealdade, e tem sido comum o TEDH, pronunciar-se sobre a discriminação que estes profissionais vêm sofrendo, aliás abordaremos com alguma profundidade no Capítulo IV.

As autoridades religiosas têm uma amplitude significativa sobre a qualificação do “*religioso*”, ou seja, quando afectadas pelo desvio ideológico ou de crença, ainda que só pela prática, de um trabalhador que exerça a função de professor e esse desvio seja antagónico aos princípios que professa, torna-se relevante a decisão que se tem vincado por um atropelo à Lei fundamental.

Constata-se que os conflitos entre os direitos fundamentais das autoridades religiosas e os direitos fundamentais dos professores de religião, e que seja na vida privada destes, por exemplo, é considerado uma violação ao dever de lealdade que o vincula pelo contrato de trabalho, ainda que a idoneidade se mantenha íntegra.

Os empregados públicos conceptualizam critérios de actuação que devem pautar-se de forma isenta e com rectidão em relação aos particulares, não favorecendo amigos nem lesando inimigos, bem assim como é elementar que estejam proibidos de intervir em actos ou questões do seu interesse privado, de forma a evitar suspeitas de favorecimento, ou seja, devem estes trabalhadores proceder na sua actuação profissional com independência em relação aos interesses e pressões externas no respeito pelos administrados.

Contudo, o dever de lealdade que consiste em absoluto no dever do trabalhador desempenhar as suas funções em subordinação aos objectivos do serviço a que está adstrito e na prossecução do interesse público, e estando intrinsecamente conectado ao dever de sigilo, do qual resulta guardar segredo profissional relativamente aos factos de que tenha conhecimento em virtude do exercício da função, e que sejam inacessíveis aos administrados.

A similitude dos preceitos que iremos abordar dos países estudados, são sem dúvida, e baseando-nos na doutrina prevalente e da leitura jurisprudencial, fundamentos suficientes para a responsabilidade que advém, laboral, mas também jurídico-penal dos delitos contra a Administração Pública (AP) cometidos por trabalhadores, e que radica na infracção do dever de lealdade, e não estando os direitos fundamentais do cidadão em causa, há contudo restrições aos trabalhadores quando haja procedimentos desleais, porque e apesar de não ser o dever de lealdade um critério ou elemento normativo do Direito Penal, tem contudo um valor axiológico próprio da ética, porque esse delito esgota a confiança que a Administração Pública lhe depositou.

Muitos outros deveres gerais têm assento nas próprias Constituições, pois estas consolidam a previsão direitos e garantias dos cidadãos e administrados, e sendo a AP composta por pessoas, os seus trabalhadores, impõem-se deveres para a garantia cabal daqueles direitos, bem como as próprias normas porque se regulam, vinculam a AP a princípios gerais de legalidade, imparcialidade, prossecução do interesse público, colaboração, eficiência, decisão e lealdade, e não só com os administrados, mas também com os colegas, e ainda que não tipificados na lei, aos empregados públicos, exige-se actuar no sentido de criar a confiança suficiente de imparcialidade, e que consistirá numa actuação com zelo, sigilo, correcção e lealdade.

### ***8. Garantias e instrumentos dos requisitos do dever de lealdade***

Actualmente, a natureza da lealdade é uma questão debatida, porque os fortes sentimentos e a dedicação, frequentemente associada entre a fidelidade e lealdade provocou que alguns tenham afirmado que a fidelidade é só ou principalmente uma sensação ou sentimento que resulta de uma estreita relação afectiva que se pode exprimir por actos, embora mais como um epifenómeno que como o seu núcleo, e não é mais que um “instinto de sociabilidade”. Contudo, os sentimentos de fidelidade não são constitutivos de lealdade, embora seja raro encontrar lealdade do que é o afecto.<sup>414</sup>

O resultado da eficácia do contrato de trabalho verifica-se através dos comportamentos dos trabalhadores, não obstante, a eficácia verdadeira, resulta alterada pelas regras que, apesar de que as partes as conheçam, são incumpridas e confirmam as rupturas, mas e também e sobretudo porque o dever de lealdade está na ordem do dia, e estamos convictos que se deve acentuar muito mais a ligação do empregador e trabalhador, justificando as motivações, com a deslealdade.

É necessário reestruturar os actos que fundamentam o comportamento culpável do trabalhador e consequentemente a violação do dever de lealdade, e que determinam a justa causa do “*comportamento culpável do trabalhador*”, perante uma situação determinada, da que resulta uma situação de “*impossibilidade de subsistência da relação laboral*”.

Este requisito deve ser entendido no sentido em que exigido ao empregador a manutenção da relação de trabalho e não deve ser considerado como uma impossibilidade objectiva; e perante um comportamento culpável do trabalhador, impõe-se uma ponderação de

---

<sup>414</sup> STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011, págs. 41-48.



interesses, e é por conseguinte necessário que objectivamente não seja razoável exigir do empregador a permanência da relação contratual.

Também, a Constituição e a legislação laboral, dispõe a irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores e a nulidade daquelas cláusulas contratuais que sejam contrárias aos preceitos legais dispostos em matéria laboral.

Na autonomia da vontade das partes contratantes, princípio que é acolhido com especiais restrições na área laboral, a interacção: “ (...) *entre a autonomia da vontade dos sujeitos e a normativa laboral não se produz de qualquer forma: o ordenamento proporciona determinadas regras ou critérios nos quais, por um lado, garante-se o respeito à liberdade dos sujeitos na determinação do conteúdo da sua relação e, por outro lado, assegura-se o respeito a certos conteúdos previstos nas normas laborais, com especial ênfase aos interesses do trabalhador, que poderiam ser esquecidos como consequência do desequilíbrio de forças*”.<sup>415</sup>

As partes do contrato de trabalho poderiam modificar certas condições em benefício do trabalhador, sempre em conformidade prevista na lei, ou melhor, incorporar aspectos não contemplados na legislação laboral, mas sempre no estrito respeito dos direitos fundamentais que pudessem resultar afectados.

Dentro destas garantias, encontra-se evidentemente a liberdade de trabalho que, - como veremos -, inclui a protecção ao desempenho por parte de uma pessoa de dois ou mais empregos simultâneos e lícitos, e este fenómeno, conhecido por pluriemprego, poder-se-ia ver limitado por diversas disposições legais ou por acordos entre as partes, cujo legitimidade e alcance é necessário delimitar.

A garantia constitucional da liberdade de trabalho reflecte-se a nível da legislação ibérica, e que reconhece a liberdade das pessoas para contratar e dedicar-se a um trabalho lícito.

Tanto a liberdade de trabalho como a liberdade de escolha de empresa pelo trabalhador encontram-se tuteladas Constitucionalmente e na legislação, e proíbe o exercício de faculdades empresariais, quando com tal seja afectado o núcleo essencial dos direitos fundamentais garantidos pela constituição e que assistem ao trabalhador, já que pela sua condição de trabalhador no perde a de cidadão e, por consequência, resultam plenamente aplicáveis as garantias reconhecidas na CRP e na CE.

---

<sup>415</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pág. 493.

De tal modo é que o Direito do Trabalho tutela o cidadão como digno de garantias, resguardando a parte mais frágil na relação jurídico-laboral, ajustando a autonomia individual com limites máximos e mínimos fornecidos por normas e princípios laborais que existem no ordenamento jurídico.

Se bem que alguma doutrina não encontre diferenças entre a boa fé e a lealdade e tratam estas noções como equivalentes, optamos por considerar a lealdade como um conceito ligado aos denominados “*deveres secundários de conduta*” como o dever de informação, de confidencialidade, de segredo, recomendação que devem obedecer as partes, ainda que não estejam estipuladas através do contrato de trabalho.

O dever de lealdade pode ser um travão à quebra improcedente das negociações, ou ao uso abusivo das informações que hajam sido compartilhadas, bem como evitar que se termine de forma abrupta um contrato de trabalho, e como tal, procura-se desta forma, evitar as condutas excessivas e em geral os actos que dificultem voluntariamente a pressão contratual do outro.

Embora o dever de lealdade seja necessário em todos os contratos, no contrato de trabalho e pela sua natureza, exige uma especial atenção, porque a informação outorgada é fundamental para a sua concretização, e presume-se que a relação a longo prazo torne imprescindível a mútua confiança. Por outro lado, o Direito do Trabalho, através da reciprocidade da lealdade do empregador e do trabalhador, a boa torna-se numa função integradora da obrigação naquelas aspectos relativos aos conflitos de interesses.

O incumprimento da obrigação de guardar segredo profissional, fazer concorrência desleal, por exemplo, produzem perante uma mesma conduta a quebra, não só do dever de boa fé, mas também do dever de obediência, de diligência, de lealdade, entre outros, tudo com o qual e em conformidade com o estabelecido pela doutrina e pela jurisprudência, procede, na maioria dos casos, como justa causa de despedimento.

A lealdade não só impõe aos contratantes deveres negativos de abstenção, nas negociações preliminares do contrato, de uma conduta culposa ou fraudulenta, bem como de deveres positivos de cooperação, lealdade e de diligência recíproca. A obrigação contratual de dar informação e a obrigação de se informar formam parte desses deveres positivos e que dão conteúdo à noção de boa fé objectiva na fase pré-contratual e durante a “*vida*” do contrato, no entanto, e também, a ruptura das negociações deve enquadrar-se no contexto dos deveres positivos e negativos que presidem ao dever de conduzir-se a boa fé no exercício do direito e da liberdade contratual. A violação destes deveres acarreta a obrigação de indemnizar o dano

causado, e considera-se que tal indemnização nunca poderá compreender o interesse contratual positivo, estando limitado ao denominado interesse contratual negativo.

Uma situação comprometedora é a que se produz quando o empregador alega, como justa causa de despedimento, o incumprimento grave pelo trabalhador, pois este tipo de despedimentos disciplinares consideram-se “*incumprimentos contratuais*”, como sejam as faltas repetidas e injustificadas de assistência ou pontualidade ao trabalho, a violação do dever de lealdade, a obediência; sendo que outras faltas desta natureza serão as ofensas verbais ou físicas ao empregador, ou às pessoas que trabalhem na empresa, ou a familiares que com ela convivam; a transgressão da boa fé contratual, bem como o abuso de confiança no desempenho do trabalho; a diminuição continuada e voluntária do rendimento normal de trabalho ou o pactuado, e a embriaguez habitual ou toxicodependência que se repercute negativamente no trabalho.

Com efeito, perspectiva-se no comportamento das partes uma atitude de colaboração, de ajuda mútua, independentemente e se isolados que estejam os seus interesses, rejeita as atitudes contraditórias que possam ter as partes, precisamente por estar em causa os princípios da boa fé, da lealdade e da coerência contratual, entre outros.

Tanto o ETE assim como o CTP acolhem uma lista de infracções, que quando um trabalhador as comete, o empregador pode despedi-lo, e essas infracções, (entretanto referidas), têm uma complementaridade no CTP quanto ao corolário da boa fé contratual, pois faz “*finca pé*” na violação do dever de lealdade numa atitude normativa da lealdade, a saber, da concorrência desleal e do dever de segredo.

A coercibilidade existente e à qual o trabalhador está sujeito pelo poder de direcção do empregador, podem fixar-se de duas maneiras: recorrendo aos tribunais a aplicação das sanções adequadas, ou o que a legislação laboral<sup>416</sup> define; daqui, confere-se ao empregador o poder de aplicar a sanção que ele mesmo considere adequada, correspondendo-lhe ao trabalhador a faculdade do recurso ao tribunal, para requerer a anulação da sanção aplicada, e a particularidade de que o empregador dispõe, porque estamos perante relações particulares,

---

<sup>416</sup> E numa perspectiva comparada verificamos que: 1) Em Itália, o artigo 2106 do *Codice Civile* determina a sujeição do trabalhador a sanções disciplinares, em caso de inobservância dos deveres laborais de diligência, obediência e lealdade; 2) Em França, nos seus artigos L. 122-6, L. 122-8 e L. 122-9 do *Code du Travail*, verificamos que a matéria disciplinar encontra-se em redor do conceito *faute grave du salarié*, que permite a resolução imediata do contrato de trabalho; 3) Em Espanha, o artigo 58 do ETE consagra um sistema gradativo de sanções disciplinares; Em Portugal preconiza o CTP através do artigo 328, que o trabalhador está sujeito ao poder disciplinar do empregador de forma gradativa, culminando com o despedimento com indemnização ou compensação.

permite-lhe pela via punitiva e somente compensatória ou indemnizatória perante o acto de uma conduta desleal do trabalhador.

É evidente que a imagem da empresa também se pode ver prejudicada quando o trabalhador realiza alguma actividade essencial e/ou constitui parte fundamental na elaboração da sua própria imagem pública e tanto assim é, que a atitude desmedida de um cirurgião, de um desportista profissional, de um piloto de aviões, ou de um trabalhador com um cargo de direcção, pode, em alguma circunstância, prejudicar a imagem do empregador e justificar uma sanção por violação do dever de lealdade e confiança que lhe foram cedidas, e consequentemente deduzir uma sanção disciplinar por conduta extra-laboral<sup>417</sup>

É frequente que as acções interpostas pelos trabalhadores, e não é o caso da violação do dever de lealdade pelo empregador, sejam refutadas por uma desmotivação inerente à incapacidade do que é o contraditório, ou porque o empregador possa adoptar represálias e consequentemente o trabalhador se veja sujeito a assédio moral, ou também, como acontece no caso português, porque a morosidade e as custas judiciais, se tornam insuportáveis para os requerente.

Porém, quando a violação do dever de lealdade é razão para despedimento, a jurisprudência ibérica acentua com frequência a esse propósito, porque a essência do contrato de trabalho está constituída pelas obrigações fundamentais que assumem cada uma das partes que o celebram.

Mas, terão os trabalhadores e os empregadores argumentos válidos para fazer valer o dever de lealdade, quando a deslealdade está impregnada de actos pouco, ou simplesmente inconsistente? E se consistentes terão as partes garantias instrumentais de sucesso?

Vejamos, a intenção de incumprir o contrato de trabalho e a vontade de causar um dano com esse incumprimento resulta difícil de provar, já que a boa fé se presume e a má fé haverá que prová-la. Em tal caso só cabe demonstrar a má fé com condutas concretas cuja manifestação possa presumir uma intenção danosa por parte do seu autor.

A capacidade sancionadora ou disciplinar do empregador sobre a conduta do trabalhador evolva-se da faculdade de direcção que se lhe reconhece por assumir os compromissos da actividade económica e os custos laborais. Essa capacidade sancionadora permite-lhe a cessação do contrato de trabalho quando o trabalhador executa a função de má fé e é desleal na relação laboral, lesionando em consequência a confiança do empregador nele.

---

<sup>417</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 249.

Porém, como já mencionámos, esta obrigação é recíproca, pelo que também o trabalhador pode invocar a má fé por parte do empregador para denúncia justificada.

É reconhecido na legislação laboral portuguesa que a violação do dever de lealdade induz sanções que podem determinar o despedimento com justa causa do trabalhador, mas o facto dessa lealdade estar envolvida em reciprocidade, o empregador não está imune, através dos tribunais, a uma cessação do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador, e para tal basta enumerar o previsto nos artigos 126 e 127 do CTP; contudo, existem mais dificuldades que a cessação por iniciativa do empregador.

Nas relações laborais colectivas, e predominantemente nos convénios colectivos podem fixar-se outras causas de motivo de despedimento disciplinar, embora com as causas anteriormente expostas, podem incluir-se toda a casuística, já que a transgressão da boa fé contratual pode englobar, praticamente, qualquer motivo.

É importante referir que, com o propósito de favorecer e assegurar o exercício das funções dos representantes legais dos trabalhadores perante possíveis represálias do empregador, têm os representantes o direito de se expressar, colegialmente, se se trata do comité, as suas opiniões sobre matérias relativas à sua função representativa, salvaguardados pela liberdade de expressão prevista na CRP e na CE, e que permite que estes sujeitos possam emitir as suas opiniões de forma individual.

Porém, este direito está limitado pelos direitos de honra, de intimidade e da própria imagem, assim como pelo dever de sigilo dos representantes, previsto que está no ETE e no CTP.

Também a liberdade de publicação e distribuição de informações de interesse laboral ou social lhes é permitida, sempre que, de um lado, seja comunicada à entidade empregadora e, por outro lado não perturbe o normal desenvolvimento do trabalho, ou seja, deve persistir uma relação de lealdade e transparência, também perante a empresa.

Ao empregador está vedado a discriminação, pelo desempenho de funções representativas, em matéria de promoção económica ou profissional.

É causa de despedimento, tanto a transgressão da boa fé contratual, como do abuso de confiança no desempenho no trabalho, pois o trabalhador sabe que deve uma lealdade à empresa por trabalhar nela, quando viola essa lealdade com conhecimento da sua conduta e prejuízo económico, estas atitudes convertem-se em motivo justificado de despedimento.

Há que entender a faculdade sancionadora do empregador deve usar-se com equidade.

Qualquer trabalhador pode ser sancionado por infracções que implicam infracções graves às obrigações essenciais que o contrato de trabalho impõe ao trabalhador, as que se referem às obrigações de lealdade e boa fé entre as partes, como da prestação adequada dos serviços contratados. Quanto se incorre em alguma das condutas sancionadas, a convivência entre o trabalhador e o empregador torna-se impossível tendo em consideração a gravidade que as justificou.

Deriva de tais factos e em cumprimento da regra de lealdade subjacente, ou seja, o bom comportamento entre as partes, fundamentalmente para garantir a devida defesa, o empregador deve exprimir clara e concretamente as circunstâncias e motivações das medidas disciplinares.

A expressão de suficiente clarividência obriga a indicar com precisão as circunstâncias de lugar, tempo, modalidades e afectação de interesses que significa para o empregador a falta ou a contra-ordenação do dependente, e em caso de existirem regras específicas, deverá ter-se em consideração o enquadramento normativo, todavia, a impugnação da medida disciplinar é a instância essencial do direito de defesa que o trabalhador pode exercer.

O dever de lealdade é transversal nas relações laborais já que regressa, e hoje em dia com muito mais intensidade e pertinência, a inata questão de ética, o respeito e a honestidade nos comportamentos mútuos, especialmente jurídico-laborais, porém e embora, o ponto que se pretende ressaltar é que assim como um magistrado ou o órgão judicial deve submeter-se a regras legais e éticas para que a sua produção jurídica seja respeitada e aceite como exemplo de legalidade, o empregador deve cumprir com a legislação e condutas éticas para que dessa forma possa exigir um comportamento simétrico do trabalhador.

Também ao empregador lhe corresponde dar cumprimento às obrigações que lhe impõe o contrato de trabalho, assim é, se o empregador que tiver alguma causa impensada de cessação do contrato, como seja a falta de probidade, agressão, injúrias, colocar em perigo a segurança e saúde dos trabalhadores, incumprimento grave do contrato como seja a falta de pagamento ou atraso, etc., o trabalhador pode por termo ao contrato avisando por escrito o empregador e a Inspeção de Trabalho, e/ou recorrendo aos tribunais para que se ordene o pagamento da indemnização legal anos de trabalho.

Neste caso é o trabalhador que deve provar que o empregador cometeu a falta, e enquanto tal, será conveniente que o trabalhador neste caso em particular, seja o primeiro a por fim ao contrato e se faça representar, já que há de analisar cuidadosamente se foram

preenchidos os requisitos que configuram a causa e além disso, há que evitar cometer erros na carta que requer a cessação do contrato, que pode eventualmente prejudicar o pedido.

É importante assinalar que o empregador desleal é aquele que viola esse dever de lealdade sendo mesmo uma obrigação primordial dentro da mesma empresa ou organização que configure uma unidade económica e que a confidencialidade em determinados aspectos incumbe de uma importância extraordinária e indispensável para o mesmo empregador quando depositou a sua boa fé no trabalhador.

A legislação laboral espanhola e através da jurisprudência do TCE, e no que diz respeito aos primeiros anos, e apesar das tentativas de desconexão, pelo menos formalmente, a boa fé da “*existência de um genérico dever de lealdade, com um significado omnicompreensivo de sujeição do trabalhador ao interesse empresarial*”<sup>418</sup>, ampliou a sua aplicação não só na forma em que o trabalhador realiza a sua prestação de trabalho, como se desprendeu (ou desconectou) da regulamentação prevista no ETE, a todas aquelas condutas que, realizadas como consequência da prestação laboral, são susceptíveis de ocasionar um dano ao empregador, incluído, sobre todo, o exercício pelo mesmo dos direitos que lhe reconhece o texto constitucional.<sup>419</sup>

O empregador tem a garantia de que não se exige a causalidade de um prejuízo económico real, porque o caso característico da violação do dever de não concorrência ou da violação do segredo, será o elemento intencional revelador de uma conduta premeditadamente desleal<sup>420</sup>, conduta que na procura do benefício próprio, não lhe importará lesar os interesses do empregador<sup>421</sup>.

Maioritariamente, a jurisprudência portuguesa e espanhola, não considera como requisito necessário para que se ocasione o ilícito laboral o encargo de um prejuízo material ou económico da empresa, bastando para tal um potencial prejuízo, prejuízo ao qual se aplica a presunção *iuris tantum* de que todo o trabalho em actividade semelhante ou análoga produz prejuízo, pois o prejuízo não deixa de ser consubstancial à concorrência desleal.

<sup>418</sup> Cfr. STC 120/1983, y 88/1985.

<sup>419</sup> CARRIZOSA PRIETO, E.: *Transgresión de la Buena Fe contractual y Derechos del Trabajador*, Temas Laborales, nº 74/2004, pág. 252, e que refere que: “A pesar de que el reconocimiento que hace el art. 5 a) obliga a conformar según las exigencias de la buena fe sólo la realización de las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, en el ámbito laboral se impone la concepción imperante en el Derecho Civil, de tal forma que no sólo afecta a dichas obligaciones concretas sino que irradia sus efectos sobre todas aquellas “consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe”.

<sup>420</sup> Cfr. as sentenças STS de 17 Abril 1984, (AR 1984, 21); STSJ de Madrid 25 Junho 1991, (AR 1991, 4106); STSJ de Andalucía/Málaga 15 Julho 1991, (AR 1991, 4195).

<sup>421</sup> Cfr. as sentenças STSJ País Vasco, 26 Março 1996 (AS 1996, 482); STS 15 Julho 1987 (RJ 1987, 5389).

O elemento qualificador da conduta proibida não é já o prejuízo ou dano causado, enquanto resultado logrado, mas a deslealdade da conduta utilizada, mas o meio utilizado para a obtenção do resultado, razões suficientes para o empregador invocar o despedimento disciplinar do trabalhador.

Ora bem, as garantias positivadas no ETE não contemplam como sanção disciplinar uma causa específica pelo incumprimento da obrigação de não concorrência, pese embora a desvantagem que isso implica, a obrigação de não concorrência resulta ser um dos vários deveres que brotam do princípio da boa fé contratual e portanto enquadram-se na cláusula geral da extinção do contrato de trabalho por transgressão da boa fé contratual estipulada pelo parágrafo 2, do artigo 54.

O número 1 do artigo 54 do ETE expõe quais são os requisitos para que o empregador possa fazer cessar a relação laboral mediante o despedimento, e dispõe: “*O contrato de trabalho poderá extinguir-se por decisão do empregador mediante despedimento baseado num incumprimento grave e culpável*” e “*deverá ser notificado por escrito o trabalhador devendo figurar os factos que o motivaram e a data que produzirá efeitos*”, plasmado que está no número 1, do artigo 55, estipulando o CTP através do artigo 351 que o despedimento do trabalhador se pode dever, nomeadamente, a todos os pressupostos até então enunciados.

A sanção de despedimento só será procedente quando se proporcionem os requisitos de gravidade e culpabilidade, porque se esses requisitos não forem fiáveis, poder-se-á pensar que o despedimento não é a única sanção que o trabalhador pode receber como consequência do incumprimento da sua obrigação e que na aplicação da teoria gradualista, o facto de não se apresentarem os requisitos de despedimento deveria haver uma sanção menor; contudo, resulta difícil a aplicação desta teoria quando se trata de uma concorrência desleal, já que tanto o requisito de gravidade como o de culpabilidade se devem cumprir com os elementos que forma a infracção, mas ao mesmo tempo há que actuar com precaução pois o uso exacerbado desta causa pode acarretar consequências injustas e é o que se tem passado quando os tribunais entenderam a confiança como a “nota característica do contrato de trabalho” e desta forma declararam que é “*básica no contrato de trabalho*”, “*imprescindível em toda a relação laboral*” e “*essencial para a existência do contrato de trabalho*”.<sup>422</sup>

---

<sup>422</sup> GARCÍA VIÑA, J.: *La Buena Fe en el contrato de trabajo, especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y social, Madrid, 2001, pág. 332.



### ***9. Estrutura e linhas de desenvolvimento da tese***

Esta tese tem como objectivo nuclear entender a dimensão do dever de lealdade nas relações laborais individuais e colectivas, porquanto, e em particular na codificação direito do Trabalho português ser uma vocábulo “*entalhado*” ou “*encajado*” numa alínea, e que se vai concretizar estritamente no dever de não concorrência e dever de sigilo, e amplamente num dever orientador geral de conduta do trabalhador no contrato de trabalho.

Por sua vez o legislador ordinário espanhol não acentua uma única vez no ETE, remetendo-se à doutrina jurisprudencial, elencando é certo, que é um dever que tem uma dimensão obrigacional, e especificamente uma dimensão laboral.

Investigámos as motivações da lealdade, enquanto regra preciosa nas relações laborais, e aprofundámos a questão etimológica do vocábulo através de uma “*viagem histórica*” no propósito de a “*entalhar*” ou “*encajar*” na actual doutrina, tendo o cuidado, ainda que não seja uma tarefa relativamente fácil, de proceder à diferenciação do princípio geral da boa fé, e a regra do dever de lealdade, todavia, somos a admitir sem qualquer circunstancialismo dogmático que as diferenças são evidentes, tanto mais e sendo que, a lealdade é a concretização do princípio geral da boa fé.

Se assim não fosse, o trabalhador ou o empregador que agisse de má fé estaria a ser leal? Não o será em absoluto, e no contrato de trabalho será uma atitude com consequências bem caracterizadas, e é essa a nossa crença, pois a obrigação de lealdade é inerente ao contrato de trabalho e dispensa qualquer tipo de adaptação, porque a obrigação de lealdade institui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador.

No momento em que um trabalhador ingressa numa estrutura organizacional, vulgo empresa, o trabalhador não renuncia aos direitos, liberdades e garantias reconhecidos que se encontram nas leis fundamentais, e o facto de protocolar uma relação jurídico-laboral supõe necessariamente que esses mesmo direitos se ajustem a certas limitações, as quais resultam numa determinada ponderação dos bens jurídicos, tendo em consideração as funções que se obrigou a desempenhar, e que o empregador lhe facultou, trata-se de um modelo bidimensional ou de reciprocidade, ou seja, lealdade do trabalhador e valor para o empregador, que permite avaliar o valor da relação para ambas as partes, traduzindo desta forma os interesses e as práticas genuínas das partes envolvidas, critérios não considerados em outros contratos.

No Capítulo 0 abordamos o sentido etimológico do vocábulo “*lealdade*” evidenciando o afastamento e evolução que denotou à palavra “*fidelidade*” ao longo dos tempos, afastando-se de critérios feudais e vocálicos que continham um preceito de submissão doentia, até aos tempos actuais.

Conforme pudemos constatar, há uma íntima conexão entre as funções historicamente imputadas à boa fé e a dignidade da pessoa humana, que reunidas, elas traduzem a importância da inserção desses institutos no seio das relações laborais, como um modo de trazer aos contratos de trabalho um arquétipo de conduta fundamentado em honestidade, lealdade e probidade.

As determinações preponderantes na legislação, na doutrina, e na jurisprudência são os pilares dessa mesma evolução, projectando a lealdade como um dever, ainda que acessório do princípio geral da boa fé, se veio autonomizando a ponto de que os estudos conseguidos consolidam o dever de lealdade, mas não olvidemos que uma coisa é o que está plasmado na lei que emana o poder legislativo, a outra é a apreciação que a doutrina e jurisprudência interpretam da lei e a diversidade da sua exegese.

Dáí que a lei tenha um carácter obrigatório, enquanto que a apreciação revela o seu alcance, o sentido e o significado, quando, e tão só, o seu respeito se manifesta simultaneamente por mais que um entendimento e o que pretendemos é confrontar a apreciação da lealdade enquanto incipiente ou lacunar, porque a apreciação a que nos propomos não inova nem elabora legislação, limita-se a aplicar a própria apreciação do dever de lealdade.

O dever de lealdade, de uma forma negativa implica a censura de todas as condutas que defraudem a confiança que o empregador depositou no trabalhador, bem como o inverso também é aplicável, pelo que este dever persegue com carácter geral a prossecução de interesse social.

O dever de lealdade é analisado numa perspectiva de certos cargos e postos de trabalho, e verifica-se a existência de uma lealdade redobrada, e de sobremaneira nos trabalhadores dirigentes, nos empregados domésticos, nos professores de religião e nos trabalhadores de informação, evidenciando-se por um grau de lealdade devido à confiança neles depositada, pelo que, e pela posição jurídica destes trabalhadores, configura uma maior intensidade.

Abordamos os deveres acessórios integrantes da prestação principal dada a conexão que se infere dos deveres acessórios da referida prestação, e debruçar-nos-emos nos deveres

de respeito, urbanidade e custódia, sem esquecer que o destaque do dever de lealdade contempla o dever de não concorrência e dever de sigilo, estes imbuídos em obrigações específicas e com consequências bem determinadas.

No Capítulo I, e para além de procedermos à inquestionável diferenciação teórica e prática, bem como da aplicabilidade de boa fé, sendo que este princípio geral é princípio supremo do Direito Civil segundo o conceito de Larenz<sup>423</sup>, com ampla incidência no direito obrigacional e especial importância para o exame dos requisitos da resolução do contrato, ou seja, a boa fé implica uma acção reflectida, que visa não apenas o próprio bem, mas o bem do parceiro contratual.

O dever de lealdade é o veículo pela qual deve ser conduzido o respeito pelas expectativas da outra parte, é o agir com lealdade, não causar dano ou desvantagem, e cooperar para atingir o objectivo do contrato.

Tais factos estabelecem que o princípio da boa fé se revele como fonte de deveres ou obrigações especiais, que mais não são que deveres de conduta, e é esse o conceito nuclear do dever de lealdade, que mais não é que o equilíbrio moral das partes contratantes na relação jurídico-laboral.

Na exacta proporção em que a informação é relevante e necessária para o agir, o acto próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade, e não é permitido agir em contradição com comportamento anterior, pois a conduta antecedente gera legítimas expectativas em relação à contra-parte, de modo que não se admite o desvio sobre as próprias atitudes, com quebra da lealdade e da confiança depositada nas partes contratantes.

Nas relações privadas e nas relações públicas, o dever de lealdade merece que nos debrucemos no estudo das razões pelas quais se insere, sobressaindo como um dever autónomo e principal.

No Capítulo II referimos a historicidade do dever de lealdade na formação do contrato de trabalho, tratando-o como se de um *nascituro* fosse até ao estado de vida adulta, ainda que se apresente em algumas circunstâncias num estágio de pouca maturidade.

Tal é revelado, pela jurisprudência do TEDH, e se o é, quais as razões que levam os tribunais portugueses e espanhóis a apreciar factuais para as quais já possuem alguma doutrina suficiente para julgar? Porque recorrem os cidadãos ao TEDH?

---

<sup>423</sup> LARENZ, KARL: *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª Ed., Lisboa, FCG, 1997, tradução José Lamego, pág. 506.

Descortinamos que um passado político vincado por um servilismo laboral, marcou substancialmente os critérios orientadores e conservadores dos nossos tribunais, num preceito comum de quebrar com o passado etimológico da subserviência e submissão do trabalhador, na mais remota disciplina.

No Capítulo III, que é o elemento estruturador deste trabalho estabelecemos e distinguimos a transversalidade do dever de lealdade com os deveres acessórios inerentes à prestação principal, mas também e sobretudo os elementos que fazem parte da constelação da lealdade, e é nossa opinião que sendo este dever um elemento rotulador de conduta na relação laboral, os deveres que lhe são inerentes, e referimo-nos essencialmente ao dever de não concorrência e dever de sigilo, aglutinam a diligência, o respeito e custódia a que as partes estão solidariamente vinculadas.

Partindo do pressuposto que é a fase inicial da elaboração a relação jurídica e laboral, a fase crucial de uma relação duradoura, o cerne da questão é a forma de manter com honestidade e colaboração o conteúdo do instituto jurídico de lealdade enquanto durar o contrato de trabalho.

Verificamos que as razões implícitas na base contratual sofrem vicissitudes incompreendidas por uma das partes ou pelas duas, e sempre numa situação de confronto e contraditória, tendo como objectivo comum a razão da veracidade de uma delas, e porque neste acervo nunca existem consonâncias de resultados, a grande maioria das vezes o resultado favorável pende para o trabalhador, mas questionamo-nos, será que o elo mais fraco, só porque é o mais fraco, é o que tem razão? Duvidamos que a equidade funcione sempre de forma leal, e há jurisprudência que releva esta atitude de equidade, e é este propósito que analisamos neste capítulo.

No Capítulo IV, a abordagem é estritamente devido aos resultados que os direitos fundamentais inferem no contrato de trabalho, e verificamos nas várias enunciações, e que decorrem da protecção dos dados pessoais, intimidade, liberdade de expressão, reunião e manifestação, liberdade ideológica, nas organizações de tendência, bem como o direito que assiste às partes na acção e exercício judicial.

Contudo, e tendo em consideração que a lei fundamental, é um produto actual e a sua origem vincula-se à ideia de afirmação e efectivação deste direitos, é comum verificarmos que desempenham um papel destacado nas relações jurídico-laborais, porque tendo estes direitos uma dimensão objectiva, os mesmos são oponíveis não apenas ao Estado, e sobretudo porque

alcançam entre os “*cidadão ou entidades privadas, um exercício ou estão em condições de o exercer, verdadeiros poderes, jurídico ou de facto*”.<sup>424</sup>

E nesse contexto, verificamos que, e perante as concepções teóricas actuais, de reconhecer que se existe divergência quanto à possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais na relação de trabalho, tal não se verifica quanto às pessoas individualmente ou colectivamente.<sup>425</sup>

E no caso da relação laboral, o fenómeno do poder manifesta-se de forma acentuada, na medida em que, nesse acervo, não se estabelecem relações entre pessoas iguais ou paritárias, sendo inerente a esta modalidade contratual uma posição de superioridade do tomador dos serviços, e sendo assim, cumpre examinar o fenómeno a fim de que mais adiante, e na sequência deste estudo, seja possível identificar alguns aspectos acerca da eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e em seguida examinar os critérios para resolução de colisões entre o poder directivo do empregador e os direitos fundamentais, considerando que nesse ponto há poderes e direitos que se afectam mutuamente.

E no que diz respeito aos direitos fundamentais, sempre se reconheceu uma dimensão subjectiva teoria constitucional contemporânea ficou genericamente reconhecida a dimensão objectiva.<sup>426</sup>

No Capítulo V, a profundidade do tema levar-nos-á à análise dos procedimentos dos vários actores sociais envolvidos, sendo perfeitamente pacífico que devem obedecer aos requisitos da boa fé em todas as fases em que se encontrem envolvidos, porém, e como já enunciámos e nos propomos acentuar, por muita boa fé que exista nas fases de consulta, negociação e conclusões, se não existir uma verdadeira honestidade através de uma execução leal entre todos os actores sociais, repercutir-se-á um conflito que pode desaguar num conflito com repercussões laborais e sociais.

<sup>424</sup> VIEIRA DE ANDRADE. J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 2009, pág. 235.

<sup>425</sup> VIEIRA DE ANDRADE. J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 2009, pág. 247.

<sup>426</sup> PEREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 22, o qual admite que: “*su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. dai por que “contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infraconstitucional. Se trata, como expresamente ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, de tomar como punto de partida para cualquier actividad encaminada a la interpretación o aplicación del derecho el postulado básico a tenor del cual: “los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”.*

Os representantes das partes são uns intermediários fundamentais e não mais são que os “*fiéis da balança*” para que todas condutas estejam consolidadas pela diligência, probidade e eficácia que se deve a um processo negocial, e ainda que a boa fé esteja subjacente, é um princípio de refúgio que por si só não resolve as contendas de forma a satisfazer as reivindicações dos actores em causa, e daí que a conduta através da representação leal seja o corolário essencial para que as causas e consequências sejam eficazmente ultrapassadas.

O Capítulo VI, trata das relações laborais especiais e que apresentam peculiaridades que se distinguem fundamentalmente pelo grau de confiança do cargo e função que o trabalhador desempenha, e pudemos verificar a interligação da lealdade com a confiança, e nos casos prementes dos trabalhadores dirigentes, empregados domésticos, trabalhadores de informação e professores de religião, e estes casos em particular mereceram por parte do TEDH tratamento diferenciado, e já o facto de haver recurso para este tribunal, é suficientemente elucidativo da inércia, ou uma lacuna legislativa que enferma nos países estudados.

As particularidades evidenciadas nestas relações contratuais levantam-nos algumas questões, e entre as quais, a razão pela qual e perante uma contenda de trabalhadores e entidade empregadora, nos remete ou para o CTP ou para o ETE. Tentaremos descortinar as reais motivações da existência e aplicabilidade destas relações contratuais, e se nesta fase subsistem dúvidas, só podem ser relevadas por um circunstancialismo, que é: difere o dever de lealdade perante a factualidade de uma relação sinalagmática e bilateral, como é o contrato de trabalho?

Em nossa modesta opinião, não existe na amplitude do dever de lealdade, só que esse circunstancialismo se deve à graduação da lealdade, mas debruçar-nos-emos nesta matéria.

Por fim o Capítulo VII em que procedemos às razões que nos determinaram à elaboração deste estudo, sendo sensível a inexistência de critérios orientadores, tanto legais como doutrinários, havendo contudo a acentuar a relevância que a jurisprudência ordinária, suprema, constitucional e do TEDH dedica ao tema.

E esta sensibilidade não nos será particularmente incólume, porque as derivações de um princípio são por si demasiado genéricas para que se possa aferir os riscos de conduta derivados, razão pela qual nos dedicámos a exprimir uma apreciação jurídica da metodologia que está inerente ao dever de lealdade

## CAPÍTULO I – RECEPÇÃO JURÍDICA DA LEALDADE: DESDE AS RELAÇÕES PRIVADAS ÀS RELAÇÕES DE NATUREZA PÚBLICA

### *1. A boa fé como ingrediente típico nos contratos e obrigações*

A boa fé significa que as pessoas devem celebrar os seus negócios jurídicos, cumprir suas obrigações e em geral, ter com os demais uma conduta leal, e que a lealdade no Direito desdobra-se em duas direcções, em primeiro lugar, toda pessoa tem o dever de ter com as demais uma conduta leal, uma conduta ajustada às exigências do decoro social, e em segundo lugar, cada qual tem o direito de esperar dos demais essa mesma lealdade.

Esta conexão permite-nos afirmar que o trabalhador e empregador que ajam de boa fé terão uma conduta honesta em relação de um para o outro, não se valendo de um qualquer comportamento insidioso ao limitar a execução do contrato de trabalho.

Não obstante a conflituosidade quase sempre latente nas relações de trabalho, trabalhador e empregador não são adversários, devendo mover a ambos o mesmo desejo de prosperidade para a empresa, que alimenta a produtividade da empresa.

Lealdade, enquanto elemento acessório da boa fé, é normalmente vista como uma virtude, embora seja uma problemática, pois é constituída centralmente pela perseverança numa associação em que uma pessoa se tornou intrinsecamente comprometida. A sua expressão paradigmática encontra-se na amizade, para que a lealdade é essencial, mas muitos outros relacionamentos e associações procuram incentivá-la como um aspecto de filiação.<sup>427</sup>

O exercício da fidelidade representa o cumprimento daquilo que foi jurado ou firmado, e desta forma, ser fiel é ter firmado um contrato e ser leal é ter cumprido o contrato, portanto, existe fidelidade sem lealdade e também existe lealdade sem ter sido fiel, ou seja, pode-se assinar um contrato de trabalho, mas não cumpri-lo, como também se pode exercer certas funções, sem ter sido assinado qualquer instrumento contratual.<sup>428</sup>

Três questões-chave na discussão sobre a lealdade: o seu carácter virtuoso, a sua aplicação e os seus limites.<sup>429</sup>

<sup>427</sup> JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 7-13.

<sup>428</sup> HANH, THICHNHAT: *Fidelity*, Publishers Group West, Berkeley, 2011, págs. 25-28.

<sup>429</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

A questão virtuosa da lealdade está relacionada a seguinte ideia: “*será que é preciso exigir lealdade na conduta normalmente praticada?*”; ou “*será que a lealdade é usada para exigir algo que não é normalmente realizado?*”. A questão que se coloca é saber se esta conduta normalmente não praticada assume que carácter: moral e ético, ou imoral ou antiético?<sup>430</sup>

Se formos analisar a lealdade sobre o aspecto imoral ou antiético, a lealdade pressupõe a suspensão do nosso próprio julgamento sobre o seu objecto e até mesmo a anulação do bom senso, o que a torna sem o carácter virtuoso.<sup>431</sup>

Há dois problemas com a ideia de não se considerar virtuosa a aplicação da lealdade.

Em primeiro lugar, a compreensão das virtudes é demasiadamente restritiva por este prisma imoral ou antiético. O nosso julgamento caracteriza-se em dois aspectos: a consciência e a sinceridade. Não há como questionar estes dois aspectos se não considerar o carácter moral e ético sobre o objecto. Em segundo lugar, o bom senso é o caminho mais curto para se chegar às situações virtuosas, se não o fosse, então não poderia ser chamado assim.<sup>432</sup>

Desta forma, uma pessoa que é completamente desprovida de lealdade será deficiente como uma pessoa conhecedora, nomeadamente, como um agente moral e ético.<sup>433</sup>

A questão da aplicação da lealdade está baseada nas situações que justificam esta aplicação. A lealdade absoluta, que representa a lealdade eterna, como pode acontecer no casamento e em tempos de guerra. A força das reivindicações de lealdade irá depender da importância da associação, entre a pessoa e a outra ou ao objecto.

Não apenas algumas relações associativas podem ser ilegítimas, mas as expectativas de uma associação podem entrar em conflito com os de outra: pode-se ter conflitos de lealdade.

Se o conflito for resolvido, dando uma prioridade a lealdade em detrimento de outra, não implica necessariamente que a lealdade ao que é deslealdade com o outro. Não é

---

<sup>430</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56; FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>431</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>432</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 35-40; FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>433</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56; FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.



deslealdade com um amigo que está contando comigo, se em vez disso, atende-se às necessidades de minha mãe.<sup>434</sup>

Às vezes essas prioridades serão simples, outras vezes não, e mesmo se decidir imprudente, a nossa decisão não irá caracterizar em deslealdade, pois a deslealdade é mais frequentemente associada com o abandono ou por hipocrisia.<sup>435</sup>

A última questão-chave diz respeito aos limites da lealdade. Em qualquer relação leal, deve haver abertura para críticas por qualquer parte, sujeito e objecto de lealdade. As relações leais são o resultado de compromissos firmados em determinada situação, que geralmente, definiu determinado equilíbrio entre as partes. Se esta situação se altera e existe algum desequilíbrio ou falta de compensação, não se pode perpetuar a mesma relação. Se isso permanecer, a ruptura da relação torna-se inevitável.<sup>436</sup>

A boa fé representa uma das condições essenciais das actividades ética e moral, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, cumprindo o que ficou acordado, sem distorções que possam modificar o que está tácito e subentendido. A boa fé funciona como forma de conduta e como norma de comportamento, numa correlação objectiva entre meios e fins.

Quando há abuso de direito, envolve em particular o contrato de trabalho, e como tal permite-nos afirmar que o ordenamento laboral se encontra circunscrito há consequente violação ao dever de agir de acordo com a boa fé<sup>437</sup>. Ao exercer um direito de forma danosa à contraparte, viola-se frontalmente o dever de agir com moderação, lealdade e lisura, imposto pela boa fé.

Neste sentido, a jurisprudência portuguesa considera a responsabilidade pré-contratual comparável ao abuso de direito: “A *responsabilidade pré-contratual pressupõe uma conduta eticamente censurável, e de forma acentuada, em termos idênticos aos do abuso do direito...*”<sup>438</sup>. Em douto acórdão do STJ já fora explicitado com ríspido fundamento que: “*I – O instituto da responsabilidade pré-contratual ou pré-negocial ou da culpa in contrahendo*

<sup>434</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 35-40; FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>435</sup> BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011, págs. 50-56; FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>436</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47 e JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 14-21.

<sup>437</sup> GARCÍA VIÑA, J.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, Consejo Económico Social, 1ª Ed., Madrid, 2001, pág. 44.

<sup>438</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9.2.1999, in CJSTJ, 1999, I, 84; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*fundamenta-se na tutela da confiança do sujeito na correcção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporta a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos. II – Em aplicação do princípio da boa fé em que assentam os artigos 239, 334, 437, nº 1, e 762, nº 2, do Código Civil, dispõe o n.º 1 do artigo 227 do mesmo Código que quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação, dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar a outra parte... ”.*<sup>439</sup>

A boa fé surge aqui para evitar o exercício abusivo do direito, e fá-lo, por exemplo, impondo a teoria dos actos próprios, segundo a qual, não pode uma parte querer exercer uma posição na relação contratual oposta ao comportamento já assumido; vedando que a parte, por inércia sua, pleiteie um direito que deixou de exercer após transcorrido lapso de tempo considerável “*suppressio*”; limitando o direito de resolução por parte do credor, quando o devedor cumpre grande parte do contrato e deixa de adimplir parcela ínfima “*exceptio non adimpleti contractus*”.

A teoria dos actos próprios desdobra-se em duas importantes vertentes. Numa direcção, vem sob a denominação “*tu quoque*” e, noutra, sob a máxima que proíbe “*venire contrafactum proprium*”. A regra do “*tu quoque*” decorre do facto de que “*fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento*”.<sup>440</sup>

Ou seja, o prevaricador que violou os deveres contratuais não pode aproveitar-se da própria violação.

O *venire contra factum proprium* é definido por Menezes Cordeiro como sendo: “(...) o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo excedente”.<sup>441</sup>

E continua o autor, “(...) há dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”.<sup>442</sup>

Perante uma expectativa de uma conduta adoptada, e que induz de um determinado comportamento previsível –, a parte frustra a expectativa e fere os valores da lealdade e

<sup>439</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9.1.1997, in BMJ, 457, 308; reafirmado citação no Acórdão de 19.05.2010, Proc. 369/05.OTBGLG.E1.S1, pelo relator FONSECA RAMOS, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>440</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 837.

<sup>441</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 742.

<sup>442</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 745.

confiança, havendo, assim, ruptura do princípio da boa fé, em razão da surpresa e prejuízo causado à contraparte.

Desta forma, a proibição do *venire contra factum proprium* tem como escopo sancionar a própria violação objectiva do dever de lealdade para com a contraparte, a fim de proteger a confiança dessa última depositada na relação firmada.

Baseando-se, pois *no venire contra factum proprium*, aplicável em razão do dever de lealdade que decorre da boa fé.

A admissão deste princípio envolve a introdução de moldes acabados que podem facilmente formular geralmente a aplicação de regimes de regulação, mas as linhas de orientação do comportamento social que devem ser adaptadas a cada caso, que, se, com base em um princípio universal que tem sido falado, imposto sobre as partes para negociar um arquétipo de comportamento social<sup>443</sup>, lealdade e fidelidade.

Deve haver boa fé como uma norma social e como expressão de irreprimíveis demandas sociais, necessariamente provenientes da convivência e harmonia com a actividade livre e autónoma de todos os intervenientes. Observa-se que o princípio da boa fé é, em suma, um dos limites impostos pelas leis para a explicação da autonomia privada, aliás, o código civil alemão já exigia, expressamente, o dever de boa fé dos contraentes, a teor do texto dos parágrafos 157 e, especialmente, do 242, do BGB, que impõem o dever do cumprimento da prestação contratualmente assumida, observando-se a boa fé: “(...) o devedor é obrigado a cumprir a prestação, assim como o exigem lealdade e confiança, tomando em consideração os usos”.

Consideremos também no Direito Italiano a conexão existente da boa fé com os “*patti di non concorrenza*” dispostos pelo artigo 2105 do Codice Civile Italiano, que impede a concorrência enquanto a vigência do contrato de trabalho, acolhendo mais rigorosamente do pacto de fidelidade, e que perante um incumprimento determinará uma sanção disciplinar, prevista nos artigos 2106 e 2125 do referido preceito legal, e que estipula o pacto de não concorrência após a extinção do vínculo laboral.

Durante a vigência do contrato de trabalho, o trabalhador está adstrito a uma obrigação de não concorrência, ou seja, uma obrigação total, e que é para alguns autores, pelo menos, uma das manifestações ou corolários do seu dever de lealdade, e destaca a doutrina italiana

---

<sup>443</sup> ANTUNES VARELA, J. M.: *Teoria geral das obrigações*, Almedina, 1997, pág. 14, cita a definição do conceito que dá Díez Picado.

que na concorrência proibida durante a pendência do contrato não está em jogo apenas a denominada concorrência diferencial, mas toda e qualquer concorrência.<sup>444</sup>

Isto é, o artigo 2105 “*Obbligo di fedeltà*” bem assim como os artigos 2106 “*Sanzioni disciplinari*” e 2125 “*Patti di non concorrenza*” permite-nos aproximar de que a lei não procede a uma diferenciação do tipo de trabalhadores, trata de forma genérica todos os trabalhadores, não havendo delimitação às actividades da empresa; extrai-se do artigo 2105 do CCI duas proibições: o trabalhador não deve divulgar “*notizie*” da empresa, não se podendo valer delas de modo a prejudicar a empresa, e não deve praticar actos de concorrência desleal, seja por conta própria ou alheia<sup>445</sup>, ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico francês.

Discorre-se da doutrina francesa que uma cláusula de não concorrência só é lícita se não causar um grave prejuízo à liberdade de trabalho do ex-trabalhador, razão pela qual ela deve ser limitada a um sector de actividade, não podendo impedir que o ex-trabalhador encontre um novo emprego compatível com as suas qualificações.

Portanto, uma cláusula de não concorrência deve conciliar dois princípios: de um lado a sua existência deve ser justificada por um “*interesse legítimo*” do empregador e de outro, deve deixar ao ex-trabalhador a possibilidade de exercer uma actividade profissional conforme à sua experiência e à sua formação, e a esse respeito, a *Chambre Sociale da Cour de Cassation*, no acórdão de 25 de Setembro de 1991, declarou a nulidade de uma cláusula de não concorrência, decidindo que a protecção dos “*interesses legítimos*” de uma empresa não pode obrigar o ex-trabalhador a encontrar um novo emprego que seja incompatível com a sua qualificação, nem obrigá-lo a se “*exilar*” para poder exercer o seu trabalho.<sup>446</sup>

O Código do Trabalho Francês, ao lado de várias outras disposições, e por exemplo, os artigos L 1221-6, número 3, L 1222-2 e L 6313-10, contempla a regra geral de aplicação da boa fé ao contrato de trabalho, consoante o artigo L1222-1, referindo: “*Le contrat de travail est exécuté de bonne foi*”, e como bem é referido pela doutrina francesa<sup>447</sup>, o indicativo explícito de “*é executado*” com determinante imperatividade, difere do Código Civil Francês no artigo 1134, quando aplica a expressão “*deve ser executado*”, e a doutrina jurisprudencial acentua

<sup>444</sup> *Ibidem*, págs. 31 e ss.

<sup>445</sup> SANSEVERINO, R.: *Il Lavoro nell'impresa*, 2ª Ed., Unione Torinese, Turim, 1973, pág. 350.

<sup>446</sup> Cfr. a *Chambre Sociale da Cour de Cassation*, de 28 de Outubro de 1997.

<sup>447</sup> RAY, JEAN-EMMANUEL: *Protéger l'information, aujourd'hui et demain*, *Revue de Droit Social*, nº 2, Février, 2013, pág. 116.

desta forma a má fé como práticas desleais, ainda que possa existir uma vincada dissemetria, com uma excepção, no caso de “*concorrência frontal*”.<sup>448</sup>

Não existe uma liberdade indiscriminada, mas que a liberdade deve basear-se no princípio de boa fé, e é portanto, num Estado de direito que se exige que todos os actos sujeitos a tracejo para um dever objectivo de fidelidade e de crédito, e é no sistema, o conceito aberto que permite especificar os deveres de conduta das partes durante a celebração e desenvolvimento do contrato.

Da mesma forma, a boa fé é compatível com as exigências de solidariedade e convivência social, se tentarmos buscar essas demandas de convivência, descobrimos que são apresentados sob dois aspectos cuja natureza pode impor obrigações positivas e negativas, como a doutrina civilista portuguesa correctamente observa:<sup>449</sup>

*"Qual deve ser claramente distinguidos:*

*No âmbito de um puramente negativa: esse aspecto é esculpido na máxima romana de 'no neminem alterum' e que leva a exigir um comportamento respeitoso, conservação da área de interesse dos outros.*

*No lado positivo, que impõe, não apenas o comportamento negativo de respeito, mas uma colaboração activa com os outros, para promover o seu interesse".*

Assim, desenvolveram-se os deveres e direitos que são impostos às partes quando estão em negociações, por um lado, absterem-se de actos que determine dano ou prejuízo ao seu homólogo, e por sua vez, exercer actos necessários para a satisfação das suas necessidades mútuas, o que nos leva a concluir que, tanto no exercício de seus interesses legalmente protegidos, as partes devem agir de acordo com boa fé *in contrahendo*.

Esta lealdade exigível impõe normalmente obrigações de carácter negativo, e a boa fé impõe obrigações de carácter positivo; de todos os modos, deve ter-se presente, desde já, que o critério de correcção ou de lealdade identificam-se com o critério de boa fé; portanto, quando se fala de respeito nas relações obrigacionais, como critério de conduta, em que o credor e devedor devem observar nas suas relações de reciprocidade, e devem começar por observar desde início, ou seja na fase de negociação, na medida em que estas devam conduzir-se em conformidade com as regras da boa fé e lealdade.

É no entanto imprescindível clarificar que existe um dever básico e muito importante que une as partes: o dever de lealdade, que não mais é que o dever moral ou ético de actuar de

<sup>448</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>449</sup> ANTUNES VARELA, J. M.: *Teoria geral das obrigações*, Almedina, 1997, pág. 71 e ss.

forma leal perante o outro sujeito de direito com quem, presume-se<sup>450</sup>, se estabeleceu uma relação de confiança.

A confiança é um suporte de qualquer vínculo obrigacional que pode reger as condutas humanas; desde o início das negociações de conformidade, as partes interactuam e começam a cimentar as bases de um futuro acordo baseado na actuação leal e correcta, e obviamente que esse estado da negociação na qual as partes se entregam ilimitadamente com a expectativa legítima que se possa ter, portanto, e sem dúvida, que é o principio nuclear do direito das obrigações contratuais.

O dever de lealdade está para as partes com a premissa de cooperação constante, tomando sempre em conta as expectativas legítimas da contraparte, e pode até representar o dever de uma parte se comportar de tal forma que se logrem os objectivos aos quais sabemos que são a aspiração da outra parte; este tipo de relação não bastará actuar conforme o direito o não exercer condutas fraudulentas, senão pelo contrário empreender actuações positivas e negativas, com tanto de satisfazer as necessidades que incumbem as partes nos interesses que em princípio se apresentam como antagónicos, e terminarão por ser sempre convergentes.

Em sentido muito geral, podemos dizer que, em todos os momentos da relação contratual, as partes envolvidas em todas as etapas são necessárias para conduzir-se com que a diligência e consideração da protecção do interesse mútuo e, portanto, permite que as partes e segundo a boa fé a outra parte agiu da mesma forma e, portanto, não só a diligência deve acompanhar a etapa de formação, mas a execução e cumprimento do contrato.

A doutrina moderna sustenta que os deveres pré-contratuais encontram a sua origem no relacionamento que surge entre as partes, a fim de preparar o conteúdo do contrato futuro, de tal forma que hoje tudo se resume ao significado da execução: relação pré-contratual = relação de confiança.

A relevância da confiança como um elemento essencial não só no período pré-contratual, mas em todo o processo contratual, está orientada no próprio conceito da boa fé objectiva reconhecida expressamente como norma dirigida à tutela de confiança e de lealdade na correlação ao outro, com que se estabelecem as relação que visa a protecção da confiança e lealdade em correlação com outro, que entra pela primeira vez relações negociais.

Esta percepção jurídica tem encontrado expressão apenas em algumas disposições especiais (artigo 1337 do Codice Civile Italiano, o artigo 227 do Código Civil Português,

---

<sup>450</sup> Há casos em que a lei presume encontrarem-se cumpridas certas obrigações, sendo então ao credor que cabe provar que assim o não é, quando queira obter o respectivo cumprimento, in PRATA, ANA: *Dicionário Jurídico*, Almedina, Lisboa, 1998, pág. 761.

artigo 197 do Código Civil Grego, e parágrafo do BGB 311,2.); foi desenvolvido pela doutrina e da jurisprudência existente num instituto de direito vigente, que actualmente tem a força no direito consuetudinário, como resultado de seu uso por muitos anos e o seu acolhimento na consciência jurídica geral, e é importante notar que dentro dos movimentos modernos de harmonização e unificação do direito privado como uma das perspectivas de políticas da UE, existem agora actualmente uns marcos legais que pretendem a elaboração de um marco comum de referência, no qual se reconhece expressamente que as partes, durante as várias fases de negociação estão sujeitas ao cumprimento de deveres pré contratuais que têm o seu fundamento na boa fé contratual.

Esta consciência jurídica é reconhecida<sup>451</sup> que refere que as bases teóricas, destes deveres foram sedimentadas e consolidadas durante as décadas dos anos vinte e trinta, e são as que aportam os conceitos fundamentais a que ainda hoje se recorre.

Deste modo, a existência de deveres pré contratuais que derivam de uma relação vinculativa de carácter geral, surgida nas conversações e cuja vulnerabilidade é sancionada, vêm sendo, um lugar comum na doutrina e na jurisprudência, reconhecendo-se a este princípio o carácter de costume jurídico.

Normalmente ao não proceder estes deveres de uma vontade expressa ou tácita, e estarem exclusivamente justificados por uma teoria geral de obrigações e contratos, e em particular pela boa fé, constituem unicamente uns deveres de conduta (na medida exigida por uma boa fé, derivada de noções próximas dos vícios ocultos, convicção ou possivelmente, os vícios da vontade); contudo, esta afirmação pode, por vezes, ser desacertada, pois muitas vezes apresenta-se-nos como uma verdadeira obrigação; portanto, consideramos que é pertinente clarificar as diferenças que existem entre os deveres naturais e jurídicos.

No entanto, convém, porque necessário referir que estes deveres de conduta desfrutam de reconhecimento, e que pouco a pouco ganharam carácter de tipicidade, particularmente na legislação que rege os direitos dos consumidores. A sua importância e relevância é tal que todas as iniciativas que têm sido desenvolvidas no âmbito dos processos de unificação e padronização do direito europeu dos contratos e da lei civil, que consagraram a sua origem no reconhecimento de boa fé contratual, o qual sem dúvida suscitaram, especialmente na escola *aquiliana*.

---

<sup>451</sup> ASÚA GONZÁLEZ, C.: *La culpa in contrahendo*, Departamento de Publicaciones Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pág. 49.

A exigência de boa fé estabelece-se como uma fonte de obrigações e os limites do comportamento humano, estimando que, em princípio, devem operar em conformidade com todas as obrigações e deveres e no exercício dos direitos qualquer tipo.

Também se observou que os deveres secundários de conduta não são apenas na execução do contrato além das obrigações nucleares, mas também de que estes deveres são de grande importância na fase pré-contratual e na fase pós-contratual, já que com eles, no primeiro caso, seja preparado adequadamente cumprindo as funções de conformidade, e no segundo caso, haverá uma completa e ordenada "*liquidação*" dos efeitos que a relação contratual ocorreu, mesmo depois de "*consumação*".

Assim a fonte legal dessas funções acessórias ou condutas secundárias são uma regra dispositiva de carácter superior e princípio da boa fé, que rege, em absoluto todas as relações negociais existentes, e é, certamente, a criadora da obrigação de uma regra de conduta social e pré-jurídica e, portanto, a verdadeira fonte da obrigação de boa fé é a relação social levou à elaboração do conteúdo do contrato.

Em alguns países europeus, onde há expressa disposição legal para a condução de que as partes devem manter ou preservar (Itália, Alemanha, Portugal e Grécia), para determinar o seu princípio de origem legal, em princípio não é uma tarefa difícil, porém a situação muda substancialmente no caso do direito francês e espanhol, onde se tem que recorrer a processos de integração e extensão dos princípios da boa fé e obrigações nucleares decorrentes do contrato, com o caso do artigo 1258 do Código Civil Espanhol, aplicando-se, a um *eadem ratio* que se oferece evidente, ainda que com maior intensidade na etapa pré contratual. Numa perspectiva subjectiva, o dolo e a boa fé implicam condutas antiéticas; os elementos engano, fraude, falácia, como requisitos tipificadores do dolo, são por si mesmos opostos da boa fé.

Entendemos que o legislador deixou abertas as linhas de comunicação entre as regras estabelecidas, a ordem moral encarnada por valores humanos e culturais e da grande teia de fatos, crenças, necessidades, aspirações e problemas dos membros sociais.

No entanto, o problema persiste quando da fixação da responsabilidade pelo incumprimento desses deveres, enquanto que essa responsabilidade emerge, inclusive quando o contrato tenha sido elaborado da forma inicialmente prevista.

A boa fé, enquanto princípio da solidariedade, especifica-se num fundamento ou código de conduta; este *canone* da boa fé refere-se principalmente à formação e interpretação do contrato, que impõe uma lealdade de comportamento, de tal forma que se pode afirmar que, quando uma das partes, nessa etapa de formação não tenha empregue adequadamente a



energia e os meios idóneos para a realização de um fim comum, ou seja a realização de um negócio jurídico, falta à adequada a correcta diligência que devem ter os sujeitos pré-negociais

A obrigação de diligência implica um respeito do interesse tutelado de um direito relativo ou absoluto; para satisfazer ou respeitar tais interesses, o sujeito deve emitir todo um esforço apropriado, segundo os critérios normais, implicando meios materiais, observando normas técnicas e jurídicas, actuando com precaução e adequadamente.

A correcção, em comparação com a boa fé é uma norma de conduta que impõe à parte, a consideração da utilidade da outra parte; esta consideração de que o interesse não é objecto de uma tutela jurídica específica, mas sim que o contraente deve salvaguardar com virtude da solidariedade contratual, permite coordenar a questão quando se afirma que a diligência tem que estar vocacionada de forma a provocar o cumprimento como conduta, o que implica que a diligência tem de ser, pelo menos de início, uma conduta adequada para a efectivação da prestação.

O conceito normativo da boa fé é utilizado pelo legislador em dois sentidos distintos: no sentido de boa fé objectiva, enquanto norma de conduta, ou seja, no plano dos princípios normativos, como base orientador e fundamento de efectivas soluções reguladoras dos conflitos de interesses, alcançadas através da densificação, concretização e preenchimento pelos Tribunais desta cláusula geral; e no sentido de boa fé subjectiva ou psicológica, isto é, como consciência ou convicção justificada de se adoptar um comportamento conforme ao direito e respectivas exigências éticas. A boa fé reconduz-se a um conceito técnico-jurídico utilizado numa multiplicidade de normas para descrever ou delimitar um pressuposto de facto da sua aplicação. Algo de diverso sucede com o ditame da boa fé, ele próprio uma regra jurídica que, inclusive, assume o alcance de princípio geral de direito.<sup>452</sup>

É oportuno realçar que as regras de correcção e lealdade, são regras consuetudinárias<sup>453</sup>, que correspondem ao que o contratante medianamente diligente e leal sente no dever de fazer, de acordo com o sector económico ou social em que o mesmo desenvolva a sua actividade, e corresponderá ao Tribunal estabelecer as regras como fundamento na percepção que obtenha e que pode conduzir a um resultado que não seja coincidente com o conceito de correcção ou lealdade.

Sobre este tema, é importante realçar que o princípio da boa fé não pode, nem deve confundir-se com o princípio de solidariedade social, ou seja, “*não deve ser entendido como*

<sup>452</sup> ALMEIDA COSTA, J.: *Direito das Obrigações*, Almedina, 2006, pág. 120.

<sup>453</sup> GALGANO, FRANCESCO.: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

*um limite de actuação dos particulares acima de um superior interesse social*”<sup>454</sup>, pois o princípio da boa fé actua no âmbito das relações intersubjectivas, mais que num contrato de índole social.<sup>455</sup>

Segundo a doutrina, a boa fé contratual tem aplicação não só na execução do negócio jurídico, mas também e sobretudo durante o desenvolvimento das negociações e na formação do contrato, fundamentalmente através do dever de informação implícito entre as partes, sendo que é através deste preceito que se vislumbra o dever de não incumprir o contrato, e daí não advir o denominado “*dano in contrahendo*”.

Por outro lado, e já no decorrer do contrato, a boa fé contratual emerge através de vários deveres de conduta que determinam uma dimensão contratual bastante mais ampla.

Temos, indiscutivelmente, na boa fé contratual, um princípio de reciprocidade que é necessário a todas as partes envolvidas, tanto na sua génese como no desenrolar, e na finalização. Este princípio envolve o desenvolvimento de conduta ética social que transcende o indivíduo, considerando os interesses da outra parte como digna de respeito e consideração, e que é a base da confiança e da negociação de segurança, como sendo a base do sistema de direito privado.

A boa fé representa o cumprimento sincero, honrado e leal do mais elementar dever de cobertura perante o resultado proclamado pela legislação portuguesa e espanhola, e quando assim não acontece, estamos perante um abuso do direito.

A vontade inexpressiva, jamais se pode entender como improdutiva de efeitos jurídicos, tem que ser declarada para que constitua direitos ou obrigações em relação ao, ou aos destinatários da declaração, sendo que a vontade real do declarante pode não corresponder à vontade declarada, e é nestes casos que caberá ao legislador tutelar, pois a boa fé, nas relações jurídicas, e havendo divergência entre a vontade real e a vontade declarada, proclama, ou pode proclamar, casos de divergência intencional daqueles em que a divergência não é intencional.

A boa fé impõe de uma forma generalizada, a observância do dever de lealdade ou de negociação honesta, isto é, podemos caracterizar a boa fé como sendo um conceito que

<sup>454</sup> DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS.: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho español*, 1ª Ed., Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965.

<sup>455</sup> DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS.: *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, 1ª Ed., Editorial, Civitas S.A., Madrid, 1988.

engloba múltiplas normas jurídicas de forma a delimitar um determinado fim, sendo desta forma um princípio geral do Direito que enferma por um comportamento recíproco nas relações contratuais.

A boa fé incorpora sempre, em todas as suas manifestações e aplicações, um significado, ainda que existam pressupostos, uma unidade *“ética, e por conseguinte, valorativa e normativa”*.<sup>456</sup>

A opinião da doutrina espanhola<sup>457</sup>, pode sintetizar-se em:

1. Não é divisível o conceito da boa fé;
2. A boa fé cumpre sempre uma função normativa, co-formadora de uma conduta;
3. Não é admissível a dualidade da boa fé objectiva e boa fé subjectiva, já que divide a unidade conceptual.
4. Só podem aceitar-se como fórmulas de classificação, aquelas que partem da própria unidade da boa fé;
5. Uma fórmula classificativa simples é o que distingue dos cometidos da boa fé: como reguladora do exercício dos directos e do cumprimento dos deveres. Numa primeira hipótese parte-se de uma situação jurídica; na segunda, a boa fé determina a constituição de uma situação jurídica que não existiria sem a sua concorrência, de tal forma que em razão dela se produz um efeito jurídico.

Mandando nortear a conduta das partes pelos princípios da boa fé, a lei dá à expressão boa fé, um sentido vincadamente ético, ao contrário do que sucede em muitos outros casos em que o seu significado (ético) se esgota numa situação psicológica, muito simples e fácil de definir.

A obrigatoriedade da boa fé no regime contratual, sendo uma norma ética derivada da própria boa fé, exige o cumprimento de confiança entre os contraentes, ou seja, a boa fé e a lealdade constituem um modelo de conduta social, um padrão implícito na lei, de observação atenta e que exige probidade e honestidade nos negócios jurídicos, reflectindo desta forma uma atitude de cooperação recíproca, e que é preponderante no direito das obrigações e dos contratos.

A exigência da boa fé é uma constante unânime na jurisprudência portuguesa e espanhola, e é indubitavelmente, uma doutrina perfeitamente consolidada, exigindo-se que todos os pressupostos sejam aplicáveis.

<sup>456</sup> HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas*, Tomo I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pág. 556.

<sup>457</sup> HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas*, Tomo I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pág. 556 e ss.

O dever de agir de boa fé no cumprimento da obrigação exige, além do mais, dois requisitos muito importantes:

Por um lado uma das partes não se pode limitar a uma realização puramente literal da prestação a que se encontra vinculado.

Por outro lado o dever de boa fé não se circunscreve ao simples acto da prestação, ficando ainda abrangido na preparação e execução desta, todos os actos destinados a salvaguardar o interesse da outra parte, ou prevenir eventuais prejuízos.

É comum nas legislações abordadas que o princípio da boa fé na área do exercício da relação obrigacional, lhe confere uma verdadeira dimensão, isto é, a fonte do dever de agir de boa fé está assim na relação especial que vincula as pessoas, relação que é comum nas obrigações reais, nas relações de família, nas relações de trabalho, e nas relações entre titulares de direitos reais que tenham por objecto a mesma coisa.

O ordenamento jurídico português acolhe a boa fé sob várias perspectivas, sendo que nos merecem maior destaque, a causa de exclusão perante um acto ilícito e que pode determinar a atenuação ou a exoneração da sanção, bem assim como causa de deveres especiais de conduta, exigíveis caso a caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e tendo como finalidade a limitação do exercício de um direito subjectivo ou de qualquer outro poder jurídico.<sup>458</sup>

O legislador enuncia um princípio, estabelece um projecto ou plano, e posteriormente envia ao juiz, tendo este que partir de exigências ético-jurídicas, e que através de uma consciência razoável, possa proceder lealmente e honestamente.

Este “*espaço vazio*”<sup>459</sup> admite uma tarefa concretizadora ou, eventualmente do preenchimento, não devendo ser olvidado o conteúdo da boa fé num contexto social.

O mesmo autor proclama assim que as manifestações da boa fé na legislação espanhola são a: proibição de ir contra os actos próprios (*nemo potest venire contra factum proprium*), o atraso desleal da doutrina no exercício dos direitos, e o abuso da nulidade por motivos formais (perante a ineficácia de um negócio jurídico, que pode ser contrário à boa fé depois da acção de nulidade).<sup>460</sup>

A legislação espanhola não exprime a interpretação de que os contratos prevejam a necessidade que determine a boa fé contratual, porém, existe uma aplicação bastante correcta

<sup>458</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, no prólogo da versão castelhana de F. Wieacker, *El principio general de la buena fe*, cit. pág. 19.

<sup>459</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, 6ª Ed., Almedina, 1994, pág. 97.

<sup>460</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995.

do princípio da boa fé, "*que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*", ou seja, impõe uma sanção a quem viole o dever de se expressar correctamente, honestamente, com lisura e lealdade; e, tal como na doutrina portuguesa, também na doutrina espanhola, de Los Mozos, afirma que: "*En definitiva, parece evidente, y, en ello, es unánime la doctrina, que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres*".<sup>461</sup>

O agir de boa fé envolve a actuação nas relações em geral e em especial no quadro da contratação honesta e conscienciosamente, com correcção e probidade, em termos de não pretender alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável tolera, sendo que, e constituindo o abuso do direito, um limite ao exercício de direitos, ocorre que, quando a atitude do seu titular se manifeste em comportamento ofensivo do sentido ético-jurídico da generalidade das pessoas, em termos clamorosamente opostos aos ditames da lealdade e da correcção imperantes na ordem jurídica, uma clara violação a este princípio.

Somos de opinião que o princípio da boa fé, como ingrediente típico nos contratos e obrigações, é uma abertura da ética no Direito.

## ***2. A lealdade como valor compreendido nas relações civis***

Também é nossa convicção que a UE, para que as instituições obtenham uma funcionalidade cooperante, deverá estar implícito o dever de lealdade, aliás, reconhecido pelo próprio Tribunal de Justiça.

Não se encontra literalmente previsto que esse dever de lealdade tenha uma força imperativa, contudo, é reconhecido aos Estados-Membros, proclamarem as medidas necessárias para uma profícua realização, e entenda-se aplicação, das obrigações que advém do facto de serem membros de uma União, ou seja, de não prejudicarem o perfeito desenvolvimentos das obrigações subjacentes, e, é nossa humilde, mas convicta opinião, que o dever de lealdade é um preceito implícito nas relações ético-jurídicas da UE.

Existem várias situações nos âmbitos civis, em que se opera o dever de lealdade. Este estudo tem a prioridade de relacionar o dever de lealdade nos contratos de trabalho colectivos e individuais em Portugal e em Espanha, porém, para este *item*, far-se-á uma resenha nos

---

<sup>461</sup> DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *El Principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, pág. 40.

códigos civis de ambos os países, a fim de relacionar várias situações em que se caracteriza o dever de lealdade.

Especificamente, o dever de lealdade propriamente dito não está inserido no ordenamento civil português, porém, diversas situações são caracterizadas como leais, e mesmo não sendo explicitado no Código Civil Português (CCP), foi a preocupação do legislador na obrigação de diversas situações, que vão desde os Tribunais até as relações familiares. No Código Civil Espanhol (CCE) o dever de lealdade não é explicitamente declarado, porém vários pontos são tratados como se fossem deveres de lealdade.

O CCE mostra várias relações em que se deve imperar a confiança, a honestidade e a lealdade e, portanto, são situações que caracterizam o dever de lealdade, sem que contudo, o seja afirmado de forma absoluta.

O CCE não relaciona especificamente a lealdade nos seus artigos, porém traz várias situações, em que se deve respeitar a boa fé, a confiança e a honestidade nas relações, o que de certa forma correspondem ao dever de lealdade.

Porém, o dever de lealdade recíproca (honestidade) acha-se explicado no Código Civil Espanhol e Português, e prevalece doutrinariamente em todo o direito de raízes romanas, e é uma regra que visa garantir a acção sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes no âmbito virtual.

Em nossa opinião, qualquer acto ou omissão que vise recolher e tratar dados inter-comportamentais, através de uma declaração não séria, com reserva mental ou com simulação, cfr. artigos 244 e 245 do CCP, mas a extensão do conceito tratamento leal ou não enganoso, tem um conteúdo mais abrangente que as noções constantes do Código Civil.

O dever de lealdade respeita ao próprio comportamento assumido pela entidade que procede ao acto. A lealdade tem uma componente negativa, que se consubstancia num dever de abstenção de um comportamento que possa falsear a finalidade e condições de determinado tratamento automatizado, e uma componente positiva que se traduz num dever de actuação que contribua para a clara e justa percepção do particular, quando disponibiliza pressupostos que directa ou indirectamente, presumam ou consubstanciem preceitos de deslealdade.

Se observamos o CCE veremos que o seu legislador dá verdadeira ênfase ao instituto da lealdade intitulado de "*Princípio de la confianza*", e, tal princípio actua juntamente com "*El principio de la declaración*" de modo que a palavra dada num negócio jurídico deve ser observada pelo prisma da confiança gerada nas demais partes do negocio jurídico de forma a

não quebrar o vínculo inicial criado na contracção da relação obrigacional, excepto em casos onde a declaração da vontade diverge substancialmente da verdadeira vontade possuída pelo contratante, no seu âmbito mais íntimo, no momento da celebração do contrato, nestes casos o legislador espanhol encontra saída no princípio intitulado por eles de *"la buena fe"*.

Para que fique melhor esclarecido o alcance do princípio em questão recorreremos à doutrina espanhola<sup>462</sup>:

*"Confianza no quiere decir que se supervalore la apariencia, sino más bien protección de la buena fe. Hoy, el principio de la buena fe ha llegado a ser general en el derecho; es uno requisito propio del obrar humano, como se ha dicho; el que obra de buena fe, fiándose de cuanto aparece según las manifestaciones de otro, debe ser protegido. Pero buena Fe no es supina ignorancia, así como confianza no es ciega entrega. Dichos principios, persiguen únicamente la salvaguardia del tercero que hay sido diligente en el conocimiento del negocio y sus circunstancias. La tutela o protección de la confianza, responde a uno criterio general en el que se inspira el legislador, y no está solamente previsto para superar el conflicto entre la voluntad y su manifestación. La máxima bona fides tantundem praestat veritas, ha venido a incidir profundamente sobre la aplicación del principio base nemo plus iuris ni alium tranferre potest quam ipse habe"*.<sup>463</sup>

O CCP refere o seguinte conceito: *"Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte"*.

Acreditamos que o legislador português foi ainda mais longe ao afirmar no supracitado, que se deve observar o instituto da boa fé mesmo antes das partes entrarem em acordo, ou seja, o preceito da lealdade está em conformidade com o objectivo final do propósito negocial.

Podemos observar também no CCP um grande avanço no conceito de lealdade, enquanto dever acessório da boa fé, e que no artigo 239 regulamenta: *"Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes*

<sup>462</sup> TRABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho Civil, Vol.I*. Revista de Derecho Privado, pág. 208.

<sup>463</sup> A boa fé objectiva romana encontra-se designada nas fontes tanto como *bona fides* quanto como *fides bona*, conforme se fizesse referência, respectivamente, a uma noção jurídica substancial ou a uma cláusula do processo formular. Tendo em vista que em ambos os casos se parece estar durante de um mesmo significado, apenas verificada em contextos distintos, o uso de um ou outro termo seria equivalente. Optou-se, no presente estudo, pela adopção uniforme de *bona fides*, porquanto esta denominação se aproxima mais daquelas modernamente utilizadas nos países latinos: *boa fé, bonne foi, buona fede, buena fe*.

*teriam tido se houvessem previsto o ponto omissso, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.*

Determina ainda o legislador português que no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes procederem de boa fé.

Alega a doutrina civilista portuguesa<sup>464</sup>, ser de importância impar tal tríplice normativa, pois trata das fases vitais de uma obrigação, que são: formação, integração e exercício, e nelas podemos observar o instituto da boa fé.

A prova da existência de lealdade nas relações civis é conotada com a conduta de intensidade de sentimentos de um direito, ou melhor, na perseverança de um direito, que determina os actos dos sujeitos jurídicos e leais, e que permite a manutenção de um compromisso com o conceito básico de lealdade, ainda que isso possa concluir a ideia de uma conduta desleal.

O sujeitos que concebem a lealdade, enquanto sentimento, estão obrigados, ou devem estar, de lealdade racional, porém, e ainda que, a maximização deste conceito, a decisão de comprometer uma óbvia fidelidade, pode ser ainda que racional, mas que uma vez assumida, podem ser considerados prevalecedores da lealdade, não como acessório, mas com o principal.

A lealdade é genericamente vista como uma virtude, enquanto particularista, ou seja, e como já o referimos neste trabalho, *“lealdade é a lealdade”*, enquanto regra universal, têm-se debatido bastante sobre a relação entre as referidas obrigações particularistas, enquanto relacionadas com a lealdade e a gratidão, e todas as obrigações contraídas em virtude do *“humanismo”* das partes contraentes.

Coloca-se em debate se as questões particularistas são subsumíveis, ou por outro lado derivam de uma forma perfeitamente independente.

Em todo o caso são conflitos por resolver, porque estes conceitos ilustram o paradigma da igualdade e respeito, dever que é comum às partes, devido às teorias consequencialistas e universalistas, mas que, e no caso concreto é em nossa opinião uma consequência da verdade imparcial.

Poderemos observar que na lealdade, não se infere, na sua auto complacência ou servidão, que alguma lealdade possa diferir um dano consequencial.

Não encontramos em nenhuma explicação credível que a lealdade seja uma virtude que possa estar aberta à crítica da correcção, seja pelo sujeito, seja pelo objecto.

---

<sup>464</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 208.



Um adversário não poderá ser só um adversário leal, pode ser, sempre ou talvez, um sujeito fiel.

O que está em causa é que este raciocínio implica que a oposição à deslealdade se mantém dentro dos limites compatíveis com o bem-estar e interesses do objecto da lealdade, ou seja, em geral, o que sustem esta relação é o conceito de lealdade em vez da alternativa de fidelidade.

O dever de lealdade implica a proibição de interrupção de negociações em curso, sobretudo, se a conduta do infractor tiver antes contribuído para que o seu interlocutor contratual tenha uma real e fundada expectativa na consumação do contrato, ou seja, o agente que rompe as negociações trai o investimento de confiança que, com a sua conduta, incutiu na outra parte.

E ainda na senda da doutrina portuguesa refere-se que: “(...) *os deveres de lealdade vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correcta e honesta (...)*”.

Os deveres jurídicos decorrentes da boa fé costumam ser qualificados como deveres de prestação secundários, acessórios ou anexos -, e deveres instrumentais, deveres de protecção.

A premissa conclusiva é a constatação de uma nova percepção da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo complexo e dinâmico, cuja finalidade não se resume apenas à realização da prestação principal, mas tem em vista a satisfação dos interesses globais envolvidos. Por isso, sob a óptica do conceito de solidarismo, exige-se de ambas as partes, credor e devedor, uma relação de cooperação e lealdade, que persiste mesmo após o adimplemento da prestação principal.

Assim as funções acessórias da boa fé podem ser didacticamente enquadrados em três grandes grupos, segundo classificação proposta<sup>465</sup>: deveres de protecção, deveres de lealdade e cooperação, e deveres de informação e esclarecimento.

A responsabilidade das partes não se circunscreve, à cobertura dos danos culposamente causados à contraparte pela invalidade do negócio. A responsabilidade pré-contratual, com a amplitude que lhe dá a redacção o CCP abrange os danos provenientes de esclarecimento e de lealdade em que se desdobra o amplo aspecto negocial da boa fé.

A ocorrência da responsabilidade pós-contratual dá-se quando há um incumprimento dos deveres acessórios, anexos dos deveres principais da relação contratual. Os deveres acessórios, criados pela doutrina e jurisprudência ibéricas, são aqueles decorrentes da boa fé

<sup>465</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, págs. 604-607.

dos contraentes, ou seja, são os deveres de lealdade, protecção e informação, previstos ou não em lei.

Poder-se-á deduzir que o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objectivamente considerada, em todas as fases da contratação independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na ética, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações.

A inobservância do princípio da equivalência material, além de poder gerar a invalidade e o pedido de reparação por perdas e danos, pode dar ensejo também ao pedido de revisão ou resolução contratual, apesar de que a melhor tradução de equilíbrio contratual possa a ser económica, daí falar-se em equilíbrio económico do contrato – o que normalmente se pretende, uma vez que o contrato transpira efeitos económicos -, ele deve ser visto de maneira abrangente, pois vale dizer, com equilíbrio dos “*poderes contratuais*” e dos “*deveres entre os contraentes*”, inseridos aí os aspectos económicos.

O princípio da equivalência material tem como objectivo realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência real do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, ou seja, confirmado objectivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido, na doutrina portuguesa e espanhola, no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.

Existem também deveres de anexos, conexos, acessórios ou laterais de conduta ou de consideração, que decorrem da boa fé e norteiam a relação contratual, bem como excedem o dever principal, e detém função acessória a este. Não podem ser demandados autonomamente, embora gerem consequências jurídicas se violados. A maioria da doutrina classifica-os como: informação, protecção, lealdade, cooperação, sigilo, probidade, confiança, respeito, colaboração, razoabilidade, equidade e a boa razão, e que enquanto anexos, conexos, acessórios ou laterais de conduta ou de consideração, determinam desta forma a actividade

contratual, excedem o dever principal e possuem função acessória a este, bem como podem exprimir na lei e no contrato (ou não), e estão presentes em todas as fases contratuais.

Todo o homem deve agir em boa fé, e deve ser verdadeiro: *ex honestate unus homo alteri debet veritatis manifestationem*, e é este um princípio que foi incorporado pelo direito.

A legislação ibérica recolheu como um dos princípios nucleares nas relações entre as partes, e consequentemente a boa fé e o respeito mútuo para o fiel cumprimento das obrigações estabelecidas ou pactuadas.

Ao princípio da boa fé denota-se ainda outro significado, ou seja para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, (entenda-se como corolário do primado civilista ibérico), que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa fé, tendo como finalidade, a ideia de que entre o credor e o devedor (contraentes) é necessária a colaboração, ajudando-se um e outro na execução do contrato. Evidentemente, que pode não se poder concluir, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam impedir o incumprimento de uma parte à acção da outra.

Nos contratos, há sempre interesses opostos das partes contraentes, porém, a sua harmonização constitui o objectivo mesmo da relação jurídica contratual. Desta forma, há uma imposição ética que domina toda matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade, criação do negócio jurídico -, como, e principalmente, na interpretação e execução do contrato.

As partes são obrigadas a dirigir a sua manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a aproximarem-se, de forma clara e autêntica, sem uso de subterfúgios ou outras intenções que não as expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca, e impende que haja entre os contraentes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efectivarem.

E esse pressuposto é gerado pela boa fé ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações, pois se assim não subsistir fica viciado o consentimento das partes, embora a contraposição de interesses, as condutas dos estipulantes se subordinem a regras comuns e básicas da honestidade, reconhecidas em face da boa fé que as impregna.

Para além de prevalecer a intenção sobre a literalidade, compreende-se no princípio da boa fé a necessidade de conceber ou interpretar o contrato segundo os ditames da lealdade e confiança entre os contraentes, já que não se pode aceitar que um contraente tenha firmado o pacto de má fé, visando locupletar-se injustamente à custa do prejuízo do outro.

O dever de lealdade recíproca (honestidade) acha-se explicado no Código Civil alemão e prevalece doutrinariamente em todo o direito de raízes romanas, pelo que os direitos e deveres constituídos de forma acessória, deverão sobreviver mesmo perante o recesso da obrigação principal, pois actuarão de forma autónoma, sendo a sua eficácia, sempre vinculada a uma ponderação frente aos demais princípios do ordenamento jurídico vigente.

De entre os deveres decorrentes da boa fé, o mais imediato seria o da lealdade, mandamento de cooperação recíproca que impõe às partes, a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objectivo do negócio jurídico, ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Sendo a cooperação o fundamento de qualquer relacionamento obrigacional, pois indica o caminho para o adimplemento, qualquer conduta que comprometa a utilidade do contrato, poderá ser lesiva ao dever de lealdade.

O dever de lealdade, de confiança, cooperação e honestidade deve sempre ser observado nas relações humanas e, principalmente na formação dos contratos, seja ele do tipo que for, e isso porque a elaboração de um contrato pressupõe confiança, colaboração e lealdade entre as partes vinculadas, para que haja a devida consolidação formalista.

A lealdade nas relações civis, é um estado psicológico das pessoas, ou seja, o dever de lealdade é de uma certa forma, um contrato psicológico entre o serviço civil e os parceiros envolvidos, e que presume a expectativa de uma parte para com a outra e a auto-consciência no que a outra parte deveria fazer, é uma exigência de interesse unilateral que poderá não ser reconhecida e comprometida, portanto a dedicação como um estado psicológico deve ser reflectida em alguns tipos de desempenho externo.

Na sequência do pensamento doutrinário que prevalece, o dever de lealdade, e independentemente do tempo, dentro e das responsabilidades que lhe sejam adstritas, são responsáveis pela obrigação de um denominado “*dever obrigatório*”.

No tempo em que a lealdade significava ser fiel a um indivíduo, o dever de lealdade quase se envolvia na obediência; obedecer ao próprio dirigente reflecte o espírito de dedicação dos funcionários públicos, no entanto, o sentido da obediência obstinada aos superiores hierárquicos tem sido corrigido com o desenvolvimento da empregabilidade moderna, e por outras palavras, a dedicação das partes, não é totalmente reflectida na vontade submissa dos

sujeitos individuais; assim sendo, para as relações civilistas, a lealdade é também sem excepção, um primado de importância, mais que acessório da boa fé.

Porém, podemos questionar, como devemos compreender a diferença do dever leal nas diferentes fontes de direito?

Em primeiro lugar, as fontes de direito referem-se à expressão da lei; somente aquelas que podem ser aplicáveis a outras leis são as fontes do direito em geral, incluindo a Constituição, leis, regulamentos e outros documentos normativos.

No entanto, o grande número de fontes de direito e normas jurídicas em períodos diferentes levaram ao aparecimento de um grande número de conflitos de normas, e muitas leis e regulamentos incidem sobre os mesmos factos, mas elas têm consequências jurídicas diferentes ou até diametralmente opostas.

Os sistemas jurídicos em análise, na verdade não formam uma continuidade sem contradições internas, e haverá sempre contradições na avaliação de valores, de erros e de padrões de vulnerabilidade.

Por outro lado, o sistema jurídico deve esforçar-se por evitar dar respostas conflituantes às mesmas questões jurídicas.

A lealdade é uma exigência geral das relações civis num Estado de direito moderno e uma expressão de forma jurídica, tendo sempre como corolário que a lealdade é um estado psicológico e ético, tendo, em qualquer caso, a forma como o dever de lealdade institucional e que será implementado, ao mesmo tempo como serão protegidos os direitos do trabalho, os direitos pessoais e as ideias, a liberdade de crença dos sujeitos jurídicos, e que são tudo questões que ainda precisam de práticas a serem exploradas.

Sendo o dever de lealdade um conceito genérico sedimentado pelo dever moral e ético, estamos perante uma relação de confiança, confiança esta que é o suporte de qualquer vínculo obrigacional que pode, e deve, reger as condutas humanas, ou seja, as partes interactuam e sedimentam as bases de um acordo baseado em actuações leais e correctas, entregando-se confiadamente na prossecução de umas expectativas legítimas que têm como concretização final a imposição do dever de lealdade.

Os intervenientes sujeitos à obrigação de informação dos pressupostos contratuais, têm o dever de confidencialidade dos dados que foram adquirindo durante as negociações preliminares, uma vez que, este incumprimento, para além de uma violação implícita do dever de lealdade, poderia causar danos à contraparte.

Os deveres secundários de conduta têm o seu nascimento na doutrina, e hoje, em diversos países europeus, reconhecendo sua existência e articulação com a jurisprudência, a inclusão legal começou em normas de consumo e sua extensão atingiu diferentes projectos de unificação e harmonização do direito privado como uma das perspectivas de políticas da UE.

A importância desses direitos, não é apenas na execução do contrato, além das obrigações nucleares, mas também, e sobretudo, que estes direitos são de grande importância na fase pré-contratual e na fase pós-contratual, já que com eles, no primeiro caso, deve ser preparado adequadamente cumprindo os deveres de prestação, e no segundo, haverá uma completa e ordenada "*liquidação*" dos efeitos que a relação contratual entre as partes ocorreu.

Indiscutivelmente, que na conduta daquele que rompe injustificadamente a justa expectativa de contratação, a quebra dos deveres de lealdade, probidade e de informação, geram o dever de indemnização dos danos dela decorrentes, que não exige necessariamente a intenção de prejudicar, a inexistência de má fé, mas tão-somente corresponde ao dever de se comportar com lealdade. Trata-se assim, de hipótese que não apenas se fundamenta no incumprimento da boa fé, mas também no abuso de direito, abusando-se pois do direito decorrente do princípio da autonomia da vontade.

Os deveres acessórios de lealdade determinam que as partes evitem a adopção de condutas que possam tornar inútil à contraparte a prestação, ou ainda torná-la menos valiosa ou excessivamente onerosa. Têm em consideração a possibilidade de cada parte garantir o cumprimento do contrato e o seu efeito, na medida do esperado pela outra parte. Importante salientar que a concorrência e a quebra de sigilo e negócios que o exigem é fruto da quebra do dever acessório de lealdade.

Falar do princípio da eficiência, em termos leais, é estar bastante próximo a outro princípio, também de matriz constitucional: a moralidade, e o princípio da moralidade impõe que as partes envolvidas, – na sua actividade de condução de concretização de determinado objectivo –, optem exclusivamente por condutas não apenas lícitas, mas principalmente éticas, e nesse âmbito restrito de análise, violar princípios éticos (tais como lealdade, boa fé e imparcialidade) é afrontar o próprio princípio da moralidade.

Na actualidade, em especial analisando-se o contexto ibérico, a própria doutrina e jurisprudência têm destacado o princípio da moralidade como verdadeiro guia, condutor da actividade dos parceiros contratuais, enfatizando-se nesse plano, que sua violação pode constituir-se num vício gerador da nulidade do acto civilista; à luz desse princípio, não se

pode desconsiderar que a conduta de lealdade no âmbito civilista, em algumas situações, pode ser legal, porém, não moral.

Assim, violada que seja a questão moral e jurídica, estamos perante a nulidade de um negócio jurídico no âmbito que vimos tratando, pois as exigências e finalidades não podem, jamais, estar vinculados a interesses pessoais, e a interligação de moralidade-lealdade é sem dúvida um instrumento de controlo dos actos negociais.

É pertinente, e no âmbito agora tratado, ilustrar-se e a título esclarecedor, o dever de fidelidade e de lealdade que cristalizam no princípio da boa fé objectiva no direito da família, como o da proibição de comportamento contraditório, que compõem a tutela da confiança; nada mais do que a consagração do princípio *nemo potest venire contra factum próprio*, ou seja, a imposição da uma actuação reflectida, um modo de agir pensando no outro, uma postura de lealdade, sem abuso. Este conceito, ainda que construído no campo obrigacional, não é diferente das expectativas que permeiam os vínculos afectivos.

A tutela da confiança e da lealdade não estão consagrados de modo expreso nem na lei civil dos países em estudo, porém, nem por isso se pode reconhecer que não integram o sistema jurídico, e existe doutrina consolidada nos países ibéricos que foram recolher na legislação estrangeira e na lição dos juristas alienígenas os subsídios para uma nova leitura das expectativas geradas pela forma de implementar e actuar.

Aliás, é também aqui, relevante a importância deste instituto, e cada vez mais cresce o significado da responsabilidade civil e a protecção da expectativa gerada a partir do comportamento inicial.

Repare-se que em Portugal, é notório nos códigos deontológicos de algumas classes profissionais, entre as quais dos advogados, arquitectos, médicos, enfermeiros, farmacêuticos, entre outras, a imperatividade de nas suas relações recíprocas, procederem em correcção e civilidade, abstendo-se de qualquer ataque pessoal ou alusão depreciativa pautando a sua conduta no respeito pelas regras da concorrência leal e normas legais vigentes por forma a dignificar a profissão.

Apesar de não constituir um privilégio, – entenda-se a designação de privilégio, num sentido de lacunar –, das legislações portuguesa e espanhola, é-o em termos doutrinários e jurisprudenciais.

Vejamos, e como complemento, ao que vimos afirmando.

Considera-se que a disciplina do ilícito extracontratual é a que melhor se harmoniza com a responsabilidade pela culpa na formação dos contratos, no concerne à ruptura das

negociações preparatórias, afastando, em conformidade, a presunção de culpa, porquanto a obrigação de indemnizar face a tal ruptura contratual, representaria sempre uma limitação significativa da autonomia privada, tendo-se por não razoável que ao contraente que sofre essa diminuição na sua esfera negocial, pudesse acrescer a presunção de culpa, com o correspondente ónus da prova.

Em contraposição, entende-se que o vínculo que se estabelece entre as partes durante as negociações configura-se como uma relação de confiança, análoga à contratual, pelo que a violação de qualquer dos deveres que possam ser integrados na relação estabelecida nas negociações, nomeadamente os que se prende com a correcta e clara informação, faz desencadear a responsabilidade contratual, na consideração que o exercício da autonomia da vontade é atribuído com a observância de certos limites, e como tal ilegítimos os comportamentos que levem a contraparte a ter uma visão distorcida da realidade.

Em termos jurisprudenciais, apontando-se como sentido dominante que na responsabilidade pré-contratual já se está verdadeiramente no âmbito da responsabilidade obrigacional, uma vez que os direitos subjectivos violados são os deveres de actuação de boa fé, chega-se, decorrentemente à conclusão que ao demandado incumbirá ilidir a presunção de culpa que sobre si impende.

A jurisprudência recolhida, reconhece, assim como os ordenamentos jurídicos estudados, que a responsabilidade pré-contratual está próxima da responsabilidade contratual, e é pertinente destacar a presente fundamentação:

A responsabilidade pré-negocial fundamenta-se na tutela da confiança da parte na correcção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos.

Embora a boa fé não limite a liberdade de negociar, visto que não impõe um dever de contratar, ou seja de celebrar o contrato visualizado, exige que as partes na fase preparatória do contrato se pautem por certos deveres de actuação, deveres que se analisam em três grupos: deveres de protecção, deveres de informação e deveres de lealdade.<sup>466</sup>

As exigências derivadas do dever de lealdade manifestam-se, entretanto, em outros planos que o CCE não reconhece expressamente, sendo que, e tal como no CCP, o dogmatismo deste dever é-nos levados a considerá-lo através de relações jurídicas, as quais abordaremos em outro capítulo deste trabalho.

---

<sup>466</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito Bancário*, 2ª Ed., Almedina, 2001, pág. 437.



Porém, temos a crença que a aplicabilidade do chamado dever de lealdade contratual é aplicável no âmbito a todos os contratos, tendo sempre a exigência vinculativa da boa fé.

É abrangente, tanto doutrinalmente quanto jurisprudencialmente, que a boa fé é um equilíbrio entre os direitos e obrigações entre as partes, que se medem por critérios objectivos e que se complementam, e basta para tanto recorrermos da Directiva 93/13/CEE, que impõe os motivos sobre a boa fé como exigência de que as partes devem cumprir as obrigações tratando de forma leal e equitativa, de forma a ter em consideração os verdadeiros interesses legítimos.<sup>467</sup>

Na sequência deste pensamento, poder-se-á proclamar que nas relações contratuais-civilísticas poderemos destacar a reciprocidade de interesses os contratos de comissão, de agência, de mandato, societários, bancários, entre outros; ou seja, estamos perante negócios que implicam que o recurso que garante a realização dos contratos tenha, tanto nos preliminares como na execução, uma base de confiança que não obste à violação do dever de lealdade.

Finalmente, permita-nos ainda de que forma sucinta, que a lealdade trata de preceitos morais, éticos e de razoabilidade que possuem a função de trazer aos negócios jurídicos os mais diversos preceitos que devem ser utilizada pelos cidadãos não somente quando se relacionam juridicamente.

A exigência dos princípios que relevam nas relações civilísticas é a pluralidade de ordens legais e a evolução do direito, enquanto necessidade, ou seja, permitem a coexistência de uma multidisciplinaridade de hierarquias protegendo os valores e interesses das partes envolvidas, e são estes interesses um sinal de progresso concedidos, em parte, ao direito comum em detrimento do direito especial, e é desta forma que contribuem para a relativização da dicotomia do direito público e o direito privado, isto é, o princípio da lealdade é uma virtude sobre o plano sociológico com uma característica comum de laços de fidelidade em que interligam laços sociais, e sobre o ponto de vista contratual este princípio apresenta-se como um valor que contribui para uma segurança jurídica e eficácia económica da relação contratual, e esse valor está reforçado no seio do próprio contrato, da qual se obtêm uma lealdade vigorizada, ao fim e ao cabo, um puro sinal da personalização das relações contratuais e da já mencionada segurança jurídica.<sup>468</sup>

<sup>467</sup> PARDO GATO, J. R.: *Las Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Difusa, Madrid, 2004, pág. 210.

<sup>468</sup> Sobre as interacções entre a segurança jurídica e o princípio da lealdade. BOURSIER, M, E.: *op. cit.*, págs. 457-459. Segundo este autor, tem-se segurança jurídica quando se conhecem as regras aplicáveis: “à la sécurité juridique certitude de la poursuite loyale de la finalité du procès équitable dans l'application de ces règles. Le

As regras dos sistemas jurídicos em estudo consagram a responsabilidade pela confiança, com normas abstractas e em nada concretas, como, e aliás na questão da boa fé -, devido em parte pela impossibilidade de poder calcular todas as situações em que as diferentes representações dos sujeitos merecem protecção, e é evidente, é pelo menos a nossa convicção, de que nem todas as actuações na formação contratual podem ser susceptíveis de protecção, pelo que se torna necessário estabelecer os pressupostos genéricos para que se opere a tutela da confiança, pois, e insiste-se, em nossa opinião, o que está em causa não é só a relação social, mas também e sobretudo proteger as partes *per se*.

As exigências relativas ao comportamento do contraente não se configura somente ao comportamento material de que advém a execução obrigacional, mas é, e também, sobretudo à conduta pessoal que deve orientar a relação contratual, e como tal este compromisso só pode ser efectuado com sinceridade e coerência, e são precisamente estes conceitos que sustentam a ideia de fidelidade, ou melhor, lealdade, durante o período da formação contratual tem como objectivo final as negociações com um bom *terminus*.

O princípio da confiança interligado que está com a lealdade, é considerado como uma perfeita equidade de interesses, como tal é o critério fundamental que rege a determinação positiva do negócio jurídico e também o conteúdo da fase pré-contratual, ou seja, quem defrauda a confiança, viola a honorabilidade das negociações, e a codificação preceituada é aqui a boa fé na tramitação jurídico-negocial, é a lealdade nos tratos, e conforme e recordando as origens da palavra *fides*<sup>469</sup>, e em que se afirma: “*Supone guardar fidelidad en la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o participan en el en virtud de otras relaciones jurídicas*”.

---

*principe général de loyauté pondère l'exigence de connaissance par la recherche de la finalité et permet de ne pas obérer la applicable, par sa faculté auto-immune de régulation de ses applications iniques en apportant une certaine caution morale*”.

<sup>469</sup> CABEZA PEREIRO, J.: *La Buena Fe en la Negociación Colectiva*, Ed. Escola Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 28-29, fazendo precisamente referência ao princípio: “(...) Na sua versão originária recolheu-se da linguagem vulgar para aludir a conduta de actuar conforme o exprimido, de maneira que as declarações de quem assim actuava mereciam a confiança de outras pessoas com base na sua própria conduta passada, de notória honestidade e lealdade, que lhe conferia uma adequada consideração social”; No mesmo sentido: “*Supone guardar fidelidad en la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o participan en el en virtud de otras relaciones jurídicas*”; cfr. DÍEZ PICAZO, L.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 46.

### ***3. A lealdade como valor essencial nas relações de comércio***

A lealdade nas relações de comércio, além de possuírem uma dimensão de atitudes, também é influenciada por antecedentes cognitivos, relativos às crenças e informações que os parceiros do comércio possuem, afectivos (relativos aos sentimentos e emoções que os parceiros adquirem perante as empresas) e cognitivos, relativos à postura dos parceiros entre si.

Os compromissos dos administradores, directores e gerentes, serão apreciados neste trabalho, de forma jurídico-comercial, sendo que, a estes direitos expressamente consagrados na lei está subjacente o direito à qualidade de accionista/sócio que consiste no direito de não ser arbitrariamente excluído pelos parceiros envolventes no negócio da empresa, sejam trabalhadores sejam clientes.

O dever de lealdade tem, no entanto, como limites os princípios da conservação das relações sãs da empresa, do abuso de direito e da boa fé, pelo princípio da conservação da empresa, o trabalhador que praticar actos lesivos aos interesses da empresa, pondo em causa a subsistência da mesma, poderá ser afastado da própria empresa.

O dever de lealdade, de cooperação e de agir em boa fé são deveres acessórios aos deveres gerais contratuais e consistem no dever de não actuar contra os interesses da empresa.

Resumindo, o Código Comercial português (CCoP-1888) possui diversas situações que se configuram nos princípios do dever de lealdade, assim relacionados abaixo:

- Dever de lealdade com a profissão de comerciante; daqueles que não devem ser considerados comerciantes; do Estado e da Igreja perante a lei comercial, quando praticarem actos de comércio; entre comerciantes; entre o mandatário e mandante para os actos de comércio; do gerente de comércio com relação ao proponente – comerciante; dos auxiliares de comércio em relação aos comerciantes; dos caixeiros em relação ao proponente – comerciante; entre o comitente e o comissário; entre os conta-correntistas de créditos; do banqueiro com a sociedade; do transportador perante o expedidor; entre segurador e segurado; entre o vendedor e o comprador.

O dever de lealdade no âmbito português define que os administradores devem ser fiéis aos interesses e à finalidade da empresa, honrando os compromissos assumidos, devendo servir a empresa e não servir-se de todos os intervenientes, sejam eles accionistas, sócios, trabalhadores, credores ou consumidores; ou seja, o dever de lealdade imposto aos administradores, é um dever ético, que decorre da confiança que lhes foi titulada.

Mas, ao analisarmos o número 1, do artigo 64, do CCoP:

*“Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:*

*a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado;*

*e,*

*b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.*

Ora, alínea b), do referido preceito legal, não parece corresponder a conexões coerentes perante qualquer Direito Societário.

Vejamos:

O legislador começou por subordinar o tema aos deveres de lealdade, ora tais deveres são “*puros*”, devendo ter o ordenamento como horizonte. Exigir “*lealdade*” no interesse da sociedade e, ainda atentando aos interesses (a longo prazo) dos sócios, ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é “*leal*” a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente. Uma técnica legislativa elementar ensina que não se devem construir normas com um aditamento ilimitado de novos termos, sob pena de se lhes esvaziar os conteúdos<sup>470</sup>, como aliás é referido pela doutrina portuguesa.

Fazendo referência aos “*interesses da sociedade*”, segundo a doutrina portuguesa largamente dominante, já haviam sido reconduzidos aos interesses dos sócios; estranhámos o pouco (ou nenhum) relevo dado pelo legislador à doutrina portuguesa.

Acresce, *in casu*, que os interesses de uma sociedade, surgem ainda complementados:

- atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios;
- ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

<sup>470</sup> P. ex., além de nós próprios: LOBO XAVIER, B. DA G., *Anulação de deliberação social e deliberações conexas* (1976), 242, nota 116, LUÍS BRITO CORREIA *Direito Comercial* cit., 2, 50, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais* (1989), 39, nota 37, ELISEU FIGUEIRA, *Disciplina jurídica dos grupos de sociedades*, CJ XV (1990) 4, 35 59 (54) e JORGE COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade* (1994), 230-231; estes dois últimos autores dão um relevo especial aos interesses dos trabalhadores.

No Direito das sociedades, a ideia de lealdade toma diversas configurações: dos accionistas entre si, designadamente da maioria quanto à minoria, mas também inversamente, dos accionistas para com a sociedade e dos administradores para com a mesma sociedade.

A lealdade exigível aos accionistas começou por se apoiar numa ideia de justiça concreta, consonante com o sistema. Havia, porém, que lhe dar uma base mais elaborada, e tal foi a tarefa levada a cabo por Fechner, num estudo hoje clássico.<sup>471</sup>

Na leitura de Fechner, a lealdade nasceria directamente do povo, sendo então objecto da Moral e da Filosofia e, ainda da clarificação jurídica. A lealdade está enraizada na consciência de cada um, dirigindo-se ao outro, sem ela, a vida em comunidade nem seria possível: ela dá firmeza às relações jurídicas. Estas considerações teriam aplicação no Direito das sociedades anónimas, tendo para mais em conta o pensamento comunitário.

Da simples relação de participação numa sociedade anónima, não será possível derivar deveres de lealdade: faltam, aí, as relações pessoais exigíveis para o efeito, ao contrário do que ocorre nas sociedades em nome colectivo. De todo o modo, a lealdade radicou-se na dogmática das sociedades anónimas, sendo de sublinhar o seu papel na tutela das minoria, com jurisprudência significativa. Verificou-se, como dissemos, que também as minorias poderiam proceder de modo desleal, bloqueando, por exemplo, medidas de saneamento necessárias, para procurar obter vantagens laterais. A doutrina generalizou, assim, o dever de lealdade também às minorias.

A lealdade dos administradores, ou no Direito alemão: dos membros da direcção, foi surgindo por via jurisprudencial, numa derivação dos deveres do mandatário. Tais deveres vieram a ser complementados pela boa fé, alargando-se à administração de bens alheios. No campo societário<sup>472</sup>, foram sancionados administradores que recebiam corretagens: primeiro com recurso à cláusula dos bons costumes e, depois, à lealdade.

A lealdade dos administradores sintetiza-se no seguinte:

- o dever de neutralidade perante os diversos accionistas;
- os direitos preferenciais como parte da retribuição;
- as atitudes a tomar perante ofertas públicas de aquisição de que as respectivas sociedades sejam alvo;
- situações de conflitos de interesses com a sociedade;

---

<sup>471</sup> ERICH FECHNER: *Die Treubindungen des Aktionärs/Zugleich eine Untersuchung über das Verhältnis von Sittlichkeit, Recht und Treue* (1942). in MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Direito das Sociedades I*, 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2007.

<sup>472</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Direito das Sociedades I*, 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2007.

- proibição de concorrência;
- apropriação das oportunidades de negócio da sociedade.

A lealdade que se impõe é-o, naturalmente: à sociedade o que é dizer, aos sócios, mas em modo colectivo.

Não obstante a relação entre o administrador e a sociedade não configurar um contrato de trabalho (o que, aliás, está vedado pelo número 1, do artigo 398 do CSC), será relevante considerar que, no âmbito do direito laboral, consagra-se a licitude do pacto de não concorrência com eficácia após a cessação do contrato de trabalho, desde que sejam respeitadas as seguintes condições:

(i) o período de não concorrência ter a duração máxima de dois anos (ou três anos no caso de o trabalhador estar afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência);

(ii) constar de acordo escrito;

(iii) estar em causa uma actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;

(iv) ser atribuída ao trabalhador uma compensação durante o período de limitação.

Se um trabalhador está, por regra, numa posição de maior fragilidade em relação ao empregador do que o administrador relativamente à sociedade, então, por maioria da razão, um administrador pode restringir a sua liberdade de trabalho, através da estipulação de um pacto de não concorrência.

De facto o CTP abrange, os casos dos trabalhadores em regime de comissão de serviço, que, por exemplo, desempenhem cargos de direcção ou chefia directamente dependente da administração ou de director-geral (situações que, no quotidiano, se podem traduzir na prática de actividades materiais muito próximas da actividade de gestão dos administradores societários).

O administrador, ainda mais do que o trabalhador, terá acesso a informação privilegiada quanto ao negócio da sociedade e estará mais apto a estabelecer relações de confiança pessoal com clientes e terceiros (por exemplo, fornecedores) exclusivamente por força das funções que desempenhou, o que reforça a pertinência dos pactos de não concorrência com eficácia pós-mandato.

Será útil, ainda abordar e considerar, o regime do contrato de agência (DL. 178/86), na medida em que o agente e o administrador actuam no interesse e por conta de outrem, sendo

que o agente apenas praticará actos jurídicos por conta do principal de forma eventual e acessória, ao contrário do que sucede na relação entre o administrador e a sociedade.<sup>473</sup>

Nos termos do disposto nos números 1 e 2, do artigo 9 da DL. 178/86, o principal e o agente podem, lícitamente, convencionar um pacto de não concorrência com eficácia pós-contrato de agência, desde que:

- (i) a duração da obrigação de não concorrência não seja superior a dois anos;
- (ii) seja reduzido a escrito;
- (iii) a não concorrência esteja limitada à proibição de exercer actividades potencialmente concorrentes com a actividade do principal;
- (iv) esteja restrita à área ou círculo de clientes no qual o agente actuava;
- (v) seja atribuída da uma compensação ao agente (requisito previsto na alínea g), do

artigo 13 do DL. 178/86).

Tanto no Código Comercial Português, bem como na legislação complementar, as relações comerciais necessitam haver vários níveis do dever de lealdade para se atingir o êxito nas negociações. O dever de lealdade está presente a partir da própria profissão dos comerciantes, entre comerciantes, dos transportadores, segurados e banqueiros, principalmente, e dos administradores enquanto tal.

A relação de administração é uma daquelas relações que implica um especial dever de lealdade decorrente da curadoria do interesse de alguém estar atribuída a outrem, de esta pessoa estar investida numa posição cujo exercício pode ser prejudicial ou para o qual não há prevenção ou controlo suficiente, etc.

A relação do administrador constitui uma daquelas relações fiduciárias ou de confiança que manifestam uma textura de comportamentos exigíveis em nome da lealdade particularmente densa (relação *uberrimae fidei*). Se todos os sujeitos estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o administrador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios.<sup>474</sup>

O sistema jurídico português, além da previsão geral, dispõe de importantes concretizações deste dever no novo direito da insolvência.

A relação entre o administrador e a pessoa colectiva é de curadoria ou de administração de interesses, e é ao titular do órgão que compete promover a realização do

<sup>473</sup> PINTO MONTEIRO, A.: *Contrato de Agência Anotação*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, págs. 45-46.

<sup>474</sup> CARNEIRO DA FRADA, MANUEL ANTÓNIO: *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59045](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=59032&ida=59045), pesquisa efectuada no dia 15-10-2012.

interesse da pessoa colectiva e se o não faz adequadamente, é esse interesse (de outrem) que fica por satisfazer. Daqui emana também uma especial possibilidade de interferir danosamente nos interesses alheios.

O princípio da boa fé de que possa aqui falar-se não tem portanto como finalidade estabelecer limites à prossecução de interesses próprios (ou modos de o fazer), mas garantir a reordenação dos interesses da sociedade e as condições da sua prossecução, ou seja, muito mais do que o que proclama a medida de conduta genericamente reclamada em nome da boa fé pelo número 2, do artigo 762 do CCP.

Constitui requisito *sine qua non* de um comportamento leal na fase de negociações do contrato, que nenhuma das partes crie na outra, expectativas infundadas quanto às condutas futuras. Isso significa que vigora um dever geral da boa fé, de não criar uma confiança excessiva na celebração do contrato, se não há vontade de prosseguir com as negociações ou se esta vontade não é suficientemente firme.<sup>475</sup>

*“A lealdade não é graduável: não é admissível exigir-se mais ou menos lealdade consoante os interesses envolvidos ou susceptíveis de serem atingidos. A lealdade não é passível de ponderações de eficiência económica (segundo a análise económica do Direito): há-de observar-se sempre, ainda que o custo seja elevado. É isso que decorre do facto de a lealdade ser produto de uma valoração ético-jurídica (indisponível)”*, como refere a doutrina portuguesa.

Os administradores devem portanto ser leais a todos: à sociedade, aos sócios, aos credores, aos trabalhadores e aos clientes. Não podem ser *“mais leais a uns do que a outros”*, pois, se o forem, então já não são leais, ainda na opinião da referida doutrina.

A violação do dever de lealdade que cabe ao administrador destaca-se a destituição e a responsabilidade civil. Neste domínio centra-se a novidade trazida pela intervenção legislativa no CSC, pois e com efeito, no número 2, do artigo 72, depois de fixada a regra de que os administradores ou gerentes respondem para com a sociedade por danos derivados de actos ou omissões praticados em violação da lei ou dos estatutos, salvo se provarem que agiram sem culpa<sup>476</sup>, estabelece-se agora que: *“a responsabilidade é excluída se o administrador provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”*.

<sup>475</sup> CARNEIRO DA FRADA, MANUEL ANTÓNIO: *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pág 506.

<sup>476</sup> Cfr. o número 1, do artigo 72 do CSC.



Ainda e a propósito do contrato de agência, regulado pelo DL 178/86 de 3 de Julho (alterado pelo DL 118/93 de 13 de Abril), os seus elementos essenciais são a obrigação do agente promover a realização de contratos por conta do principal, com durabilidade e autonomia, e do segundo pagar ao primeiro determinada remuneração, designada comissão, bem como prestar-lhe todos os elementos necessários ao desenvolvimento da sua actividade; trata-se de um negócio oneroso, sinalagmático, mediante o qual uma das partes, o agente - actuando por conta e em nome da outra - o principal -, em regime de colaboração estável, não necessariamente exclusiva, desenvolve autonomamente uma actividade de promoção dos bens do principal, angariando clientela e consolidando zonas de mercado, podendo, se para tal estiver devidamente mandatado, celebrar contratos em nome e no interesse do principal.

Tratando-se de um contrato *intuitu personae*, a relação de confiança assume uma relevância acrescida, pelo que não parece razoável que o principal mantenha uma relação contratual em que as partes já não se revêem num relacionamento degradado e deteriorado pela quebra de um vínculo de recíproca e mútua confiança.

Na doutrina portuguesa o contrato de agência é caracterizado como sendo um contrato bilateral e oneroso que comporta como elementos essenciais: a) a obrigação de o agente promover a celebração de contratos; b) por conta de outrem; c) dotado de autonomia relativamente ao principal; d) com carácter de estabilidade; e) e prestado mediante retribuição.<sup>477</sup>

Ou seja, o contrato de agência integra-se dentro de uma concepção mais ampla dos designados contratos de distribuição comercial, ou seja uma classe de contratos que têm com finalidade ou traço comum “[o] servir de via estável para lograr a distribuição de bens e serviços no mercado permitindo uma certa integração (mais ou menos intensa segundo a figura) do distribuidor na rede do fabricante”.

O contrato de agência, que durante muito tempo, se aproximou com o contrato de comissão autonomizou-se, normativamente, tendo passado a constituir uma forma de o empresário “[nomear] um empresário que, em forma jurídica e economicamente independente, se dedica profissionalmente a captar clientela para o empresário principal, ou mediante a simples promoção ou por meio da conclusão de contratos por conta e em nome e no interesse daquele”.<sup>478</sup>

<sup>477</sup> PINTO MONTEIRO, A.: *Contrato de Agência*, Almedina, Coimbra, 5.ª Ed., 2004, págs. 44-52.

<sup>478</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Derecho Mercantil. Contratos Mercantiles. Derecho de los Títulos-Valores. Derecho Concursal*, Vol. II, 18.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2011, págs. 120 -121.

O dever de lealdade está previsto através de uma obrigação negativa do agente de se abster de condutas que possam acarretar danos para o principal e de modo especial abster-se de competir com o principal, dedicando-se por conta própria ao mesmo género de empresa ou, de modo indirecto, aceitando gerir interesses de um competidor do principal, bem assim como da obrigatoriedade de prestar informações ao principal, tanto informações que sejam solicitadas por este, com da sua própria iniciativa, cumprindo assim a obrigação própria de quem assume um encargo de gestão baseado na confiança que nele deposita o titular do interesse e ainda de manter segredo, ou seja uma obrigação de lealdade para com o interesse empresarial do principal, devendo abster-se de utilizar ou comunicar segredos do estabelecimento representado e conhecidos pelo exercício da agência.

O contrato de seguro foi aprovado pelo DL 72/2008 de 16 de Abril, e determina a consolidação de diplomas dispersos.

Foi, em parte, inovadora, a regulamentação de situações de *representação aparente* por parte dos mediadores, tal como consta no referido preceito legal, conferindo-lhe eficácia perante as seguradoras e tutelando assim a confiança depositada pelos tomadores do seguro, agindo com lealdade na concretização do negócio jurídico.<sup>479</sup>

É relevante assinalar que perante quebra de boa fé na contratação, a doutrina expressa no Acórdão da Relação do Porto, de 10-12-2009<sup>480</sup>, refere que: “(...) *a boa fé na contratação deverá estar presente tanto na formação do contrato, como no seu cumprimento, que normalmente é de execução duradoura e aleatória(...)*”, ora, conclui-se assim que na elaboração e concretização do contrato de seguro, os segurados não devem prestar declarações ou informações falsas, ou extrair ilações oportunistas, quando existe uma motivação inicial para que a boa fé seja concludente, pois se assim não for incorre-se numa violação clara dos deveres de honestidade, sinceridade e lealdade, procedimentos claramente reprováveis.

O CCoE (1885), bem como as alterações que advieram pela Lei 15/2009 de 11 de Novembro, possui diversas situações que se configuram nos princípios do dever de lealdade, entre as quais, e assim relacionados abaixo:

- dever de lealdade dos comerciantes; de profissionais não comerciantes; dos registadores mercantis; entre os contratantes; dos agentes colegiados ou agentes mediadores de comércio; das companhias mercantis e de seus sócios e gestores; nas companhias

<sup>479</sup> Sobre a crítica ao regime que vigora em Portugal cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: *Contrato de Seguro-Estudos*, Coimbra Editora, 2009, págs. 166 e ss, com alusão a soluções diversas extraídas do direito comparado, cfr. ainda ROMANO MARTÍNEZ, *Lei do Contrato de Seguro*, anotação ao artigo 61º.

<sup>480</sup> Fonte: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

colectivas; nas companhias em comandita; nas companhias em comandita por acções; dos sócios das companhias; entre o comissionista e o comitente; entre o factor, gerente comissionista, e a companhia, comitente; entre os jovens aprendizes comerciais, ou mancebos comerciais e a companhia e seus factores; entre os empregados comissionistas, dependentes, e a companhia ou o factor, comitente; entre o depositário e o depositante; entre o agente financeiro e o tomador de empréstimo; entre o vendedor e o comprador; no transporte mercantil; entre o transportador e o carregador, no transporte mercantil; com os credores; dos credores com o comerciante;

O Código Comercial Espanhol (CCoE) e na Lei 15/2009 de 11 de Novembro, as relações comerciais possuem diversos níveis de dever de lealdade, a fim de se atingir o êxito nas negociações, o CCoE (1885) enfatiza demasiadamente a obrigação e a punição, nos diversos níveis de relacionamento mercantil, muito mais do que foi relacionado no Código Comercial Português. Desta forma, o dever de lealdade está presente a partir das relações comerciais terrestres e marítimas, além de focar detalhadamente a questão das relações de lealdade do comerciante, principalmente, porém, consideramos a especificidade do dever de lealdade genérico e abstracto.

Contudo, e porque se denota uma importância complementar à análise até agora proferida, debruçar-nos-emos na responsabilidade dos administradores, no concerne à temática deste estudo.

Assim, poderemos ainda, apreciar os regimes jurídicos da LSA e LCD.

A Lei 26/ 2003 de 17 de Julho (LSA), o artigo 127, parece inclinar-se por um conceito institucionalista, e senão repare-se: os administradores desempenham uma função enquanto representantes leais dos accionistas, de forma a poderem defender os interesses da empresa, de índole social, contudo a doutrina e jurisprudência consultadas, não deixa de ter em consideração critérios de âmbito contratual e refere-se de uma forma genérica, ao interesse social “(...) *o interesse comum dos sócios(...)*”, e que “(...) *estes interesses da sociedade resultam da suma de todos os interesses(...)*”.

Como seja a recomendação 7 proclamada no Código das Sociedades Quotizadas, aprovado em 22 de Maio de 2006, pelo Conselho da Comissão Nacional do Mercado de Valores, opta por uma interpretação contratualista, e enfatiza o interesse comum dos accionistas, ou se se prefere no interesse do accionista comum “(...) *que responde melhor a às expectativas dos inversores dirigida à “maximização, de forma sustentada do valor económico da empresa”*”.

Ou seja, está proclamada uma cláusula genérica do dever de lealdade, o que pode determinar uma complexidade de regras e critérios orientadores desta temática; teria sido mais razoável que o objecto de lealdade tivesse sido mais verificável e observável das condutas do administrador de forma a poder determinar com maior rigor os incumprimentos entretanto irreconhecidos, como sejam: minimizar quaisquer conflitos de interesses inter-pessoais e relacionáveis com a empresa; abster-se da utilização pessoal em prol do bem público; abster-se de conluíus e relações com outras empresas concorrentes; não utilizar bens financeiros e outros como contrapartidas; manter o dever de sigilo após o desvinculo com a empresa; ou seja, manter a empresa informada de qualquer envolvimento prejudicial para o pleno funcionamento leal e honesto da e para a empresa.

As infracções cometidas no âmbito da relação administração-empresa deveriam ser objecto de uma extensão mais abrangente, de forma subjectiva, é certo, mas determinante para que a segurança da empresa e parceiros, pudesse criar uma responsabilidade acessória.

A Lei de Concorrência Desleal de 10 de Janeiro de 1991, abordava como cláusula geral, no artigo 5, como desleal todo o comportamento que objectivamente fosse contrário às exigências da boa fé, considerando desleal qualquer tipo de conduta que contivesse informação falsa, ou que pudesse induzir a um erro os destinatários, e por conseguinte, se consideraria desleal a indução a trabalhadores a infringir os deveres estabelecidos pelo contrato de trabalho, e sobretudo, o dever de lealdade.

Esta cláusula geral é posteriormente modificada de forma a esclarecer as relações entre empregadores e trabalhadores com os consumidores, num âmbito geral, pois na deslealdade de uma certa conduta, está inerente não só pelo comportamento do empregador contrário à exigência diligente com os consumidores, bem assim como pela possibilidade de distorção comportamental do consumidor.

Com a Lei 29/2009 estabelece-se um regime jurídico unitário sobre a deslealdade de actos fraudulentos, ficando estabelecido níveis de correcção com independência da publicidade desleal e os actos desleais.

Não olvidemos que a própria CE, na aliena d), do número 1, do artigo 20, refere o direito a receber livremente informação verídica, seja qual for o meio de difusão, e o trabalhador faz parte desse mesmo veículo de informação.

Na Lei 29/2009, supõe-se uma importante reforma legal em matéria de concorrência desleal, publicidade e protecção dos consumidores, com o objectivo de proteger estes últimos,

considerando as exigências do mercado actual, bem como os legítimos interesses dos operadores económicos, empregadores e trabalhadores.

Julgamos, salvaguardando sempre opiniões mais doutas, que o critério para uma eficaz conduta dos administradores é a que é determinada pela boa fé objectiva, e o que tem como objectivo primordial é a protecção da concorrência desleal no âmbito societário, tal como proclama o artigo 4 da Lei 29/2009, bem assim o ETE<sup>481</sup>; isto é, o princípio da boa fé tem como dever de fidelidade exigível aos administradores, pois de forma alguma se pretende a estes algo distinto de um comportamento honesto e leal, que é o corolário da boa fé.

A legislação societária espanhola trata de preservar o interesse e o património social, em parte, da ilicitude que a concorrência desleal possa implicar, através da violação do dever de lealdade dos administradores.

Em contraposição aos interesses instalados, a lei prevê que um administrador de uma sociedade, não o seja de outra empresa com interesses comuns; este preceito é determinado pelo artigo 127 da LSA, que concebe uma efectiva conduta, entre outros princípios, o dever de lealdade para com a empresa, sendo que a exigência e implementação de codificações internas ou regulamentos internos, voluntários ou impostos no seu cumprimento, possam determinar o cumprimento e respeito da lealdade.

Sendo que a sociedade anónima espanhola constitui o paradigma conceptual de uma sociedade de capital, não deixa de ser uma sociedade de responsabilidade limitada, que apresenta especificações tipológicas e normativas, destacando-se, sobretudo, por uma regime jurídico bastante flexível e atormentado por normas dispositivas.

O legislador espanhol, e no que concerne às sociedades anónimas, refere que o interesse social, é condição de exigência de um interesse da sociedade, porém, não é em nossa opinião suficientemente esclarecedor, o que por sua vez tem sido objecto de tratamento jurisprudencial.<sup>482</sup>

<sup>481</sup> Esta temática, e sendo objecto neste estudo essencialmente na vertente laboral, não se deve ignorar que os conflitos derivados da concorrência entre o administrador e a empresa, pois na ordem laboral coexiste uma bilateralidade orgânica através de um contrato de trabalho; esta é uma das razões notória para que as empresas manifestem uma sensibilidade à concorrência directa e indirecta por parte dos seus trabalhadores com cargos relevantes.

<sup>482</sup> La jurisprudencia viene entendiendo que el interés social es el interés común de los accionistas. Así, por ejemplo, se dice que “para que un acuerdo social sea impugnado es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios)” [STS 4 marzo 2000, que cita otras anteriores y que ha sido seguida por otras como STS 19 febrero 2001, STS 12 julio 2002 o, por acabar, STS 29 noviembre 2002]. Por su parte, se ha dicho también que un administrador debe defender los intereses de la sociedad y no de un grupo de socios. En el caso, el administrador redactó una propuesta de constitución de un grupo de accionistas con finalidad de proceder a la venta de sus acciones con lo que, a juicio de la sentencia, «ha tomado la iniciativa de constituir un grupo de accionistas con finalidad de favorecer los particulares intereses de los mismos» y, además,

Na sociedade de responsabilidade limitada, com uma regulamentação autónoma, estas motivações de autonomia normativa são bem mais compreensivas, em parte, ou no todo, porque é um tipo societário mais comum no tecido empresarial Europeu.

Quanto às sociedades de responsabilidade limitada, estamos perante um conceito que se afasta dos preceitos legislativos, é deveras personalista, e alguma jurisprudência<sup>483</sup> pronuncia-se sobre a proibição dos interesses concorrenciais.

Estes tipos societários, com uma pluralidade de actividades e de transcendência económica, e apesar da regulamentação espanhola ser distinta, o interesse da protecção social é um bem jurídico tutelado, e ao fim e ao cabo tem uma protecção idêntica, e precisamente pelo exposto, não deixam de criar situações de concorrência directa ou indirecta, podendo haver sempre, ou quase sempre, seja pelos administradores, seja pelos directores, seja pelos gerentes, oportunidades de negócio que possam colocar em causa o dever de lealdade.<sup>484</sup>

E, seja em que tipo de sociedade seja, qualquer accionista ou sócio pode solicitar a cessação contratual do administrador/director/gerente, pela infracção da proibição de concorrência.

Os administradores devem trabalhar segundo as melhores normas de conduta de um homem de negócios, mas a legislação espanhola exige uma conduta leal, ou seja, para além de uma gestão eficaz, seja também eficiente em exclusivo para o interesse da sociedade.

A Lei 34/2003, de 4 de Novembro, estabelece normativas impostas pela directiva comunitária através de algumas modificações e alterações do contrato de seguro, tendo desta forma procedido a alterações da Lei 50/1980 e 8 de Outubro, sendo que o objecto previsto no artigo 1, denota em tudo uma similitude com o objecto previsto na legislação portuguesa, ou seja, o contrato de seguro é aquele em que o assegurado se obriga, mediante um determinado

---

ha ocultado información sobre este grupo a los restantes socios. De manera que "todo parece indicar que esta actuación (...) obedece a la defensa de intereses particulares de un grupo de socios que tiene como finalidad la venta de la Sociedad, por lo que se trata de una operación en la que quedan postergados los intereses de la Empresa (...). Los accionistas tienen libertad para disponer de los títulos de su propiedad, pero lo que no resulta admisible es que un Consejero Delegado forme grupo de accionistas para una venta de acciones con finalidad de beneficio propio y con olvido de los intereses de los restantes socios de la compañía". [SAP Guipúzcoa 4 junio 1999, referida a una sociedad anónima].

<sup>483</sup> "(...) de la prueba obrante en autos, resulta acreditado que el actor -recurrente- realizó una actividad comercial desleal y competitiva análoga a que constituía el objeto social de la compañía mercantil de la que era administrador (...) aquél incurrió en actividades comerciales del mismo género que las de la compañía mercantil citada, que le estaban prohibidas, por su condición de administrador de ésta, tanto por el Art. 12, de los Estatutos como por el también Art. 12, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (de 1953), con la consiguiente sanción de exclusión del socio desleal prevista en el Art. 31 de la misma Ley." [STS 7 noviembre 1986].

<sup>484</sup> ALCALÁ DÍAZ.: *El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad*, in AA.VV. *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (coord. ESTEBAN VELASCO), Madrid, 1999, págs. 451-452.

preço a cobrir um risco pelos limites pactuados, o dano produzido, enquanto no artigo 10, são elencados os deveres recíprocos das partes, tendo como base a honestidade e a lealdade comum nestes contratos.

A Lei 26/2006 de 17 de Julho, assimila os conceitos dos profissionais da mediação de seguros e corretores, tendo como premissa o contrato de agência, contudo, é determinado pelo artigo 20, deste diploma que o conceito está “*carregado*” de obrigações de índole contratual, entre elas a lealdade ao proclamado no registo administrativo especial dos mediadores de seguros.

Esta lei elenca as incompatibilidades destes profissionais, e é sobretudo através deste preceito que o dever de boa fé, determinada pelo dever de lealdade ao princípio da exclusividade, ou seja, não é permitida a polivalência profissional, seja enquanto administradores de sociedades em que exerçam a actividade de agência, seja eventuais conluíus *inter* outros profissionais.

Quando ao contrato de agência (LCA), regulado pela Lei 12/1992 de 27 de Maio, também conduzida pelo estabelecido pela directiva emanada pela UE, estabelece, e insiste-se, em tudo ao proclamado na legislação portuguesa nesta matéria, começando por definir, o objecto; estamos perante um contrato de colaboração, o que por si só implica assumir que perante uma característica de colaboração, existem outras não menos importantes, ou seja, estamos perante dois deveres fundamentais, por um lado realizar a função nos mais elementares princípios da boa fé e o dever de informação.

Prescreve esta lei que a reciprocidade de informação entre as partes que vinculam o contrato de agência é o corolário recíproco de fidelidade, e que inviabiliza ao agente gerir os preceitos contratuais através de propósitos que possam provocar danos, bem com, e por ser uma pessoa de confiança é-lhe vedado comportamentos de deslealdade.

A tipologia contratual subjacente está baseada em confiança mútua, e como já referimos, com carácter *intitui personae*, que modula toda a relação contratual, cumprindo pela reciprocidade, ainda que o contrato de agência estipule a obrigação do agente desenvolver a sua actividade com estritos respeito pelo dever de fidelidade e lealdade, podendo o agente desenvolver a sua prestação para vários empresários, salvaguardando sempre que não esteja estabelecido o contrário, ou seja, sempre que não se tenha pactuado a exclusividade somente para um empresário.

Ora, para evitar a concorrência desleal, bem como os deveres de lealdade e fidelidade com que deve nortear o agente, necessitará do consentimento do primeiro empresário para

exercer por conta própria ou por conta de outrem, actividades profissionais de natureza análoga às que foram objecto do primeiro contrato de agência.

No que diz respeito ao direito português e sobre a matéria em causa, limitou-se o legislador português a transpor a directiva, aliás e tal como o legislador espanhol, sendo que, o legislador espanhol adaptou as circunstâncias do mercado, bem como políticas e sociais às perspectivas actuais.

Ou seja, em nossa opinião, o CCoP necessita imperiosamente de modificações urgentes, porque necessárias de forma a poder acompanhar a actualidade espanhola, até porque os deveres das partes tornar-se-ão bem mais imperativos e, porque não, úteis para todos os parceiros do negócio com transparência, honestidade, e obviamente lealdade.

#### ***4. A lealdade como valor constitucional e como exigência da actividade pública***

O dever de lealdade, mesmo não sendo explicitado na Constituição da República Portuguesa (CRP), foi a preocupação do legislador no cumprimento de diversas obrigações pelos órgãos de soberania com o povo português.

É possível descortinar que a CRP, acrescenta o dever de lealdade, enquanto princípio acessório da boa fé, recebido através no Direito Administrativo através do Direito Civil, e em especial pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo.<sup>485</sup>

A tutela de confiança permitiu que o dever de lealdade tenha adquirido força constitucional decorrente do princípio do Estado de Direito, expressamente consagrado no artigo 2 da CRP, tal como acentua o Acórdão 556/03 do Tribunal Constitucional, fazendo referência ao postulado da protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado.

O dever de lealdade pretende desta forma consagrar a ideia da previsibilidade, bem como a ideia da não contrariedade no domínio da actividade pública, ou seja, predomina o princípio fundamental da responsabilidade pela confiança mesmo para além daquilo que decorreria das regras de conduta segundo a boa fé.<sup>486</sup>

O legislador proclamou o dever de lealdade da actividade pública acentuando o facto dos trabalhadores que exerçam funções públicas de desempenharem as funções com

<sup>485</sup> MIRANDA, J., e MEDEIROS R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, pág. 574.

<sup>486</sup> CARNEIRO DA FRADA, MANUEL ANTÓNIO: *Teoria da Confiança*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 431 e ss.



subordinação aos objectivos do órgão ou serviço, de forma a infringirem a alínea g), do número 2, do artigo 3 do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem funções públicas.

Os órgãos da Administração Pública têm sempre de respeitar determinados princípios, permitindo, assim, que em simultâneo prossigam o interesse público e respeitem os direitos protegidos dos particulares que com a Administração Pública se relacionem, isto é, está perfeitamente implícito o conceito do dever de lealdade no sentido amplo e que decorre dos princípios gerais da boa fé constantes dos artigos 762 do CCP e do 126 do CTP, como obrigação de abstenção de praticar actos que obstem à execução dos princípios e deveres dos cidadãos.

A experiência portuguesa permite, assim, sugerir que conceitos fortes de cidadania, como os de matriz republicana que animaram o regime liberal no século XIX e atingem o século XXI, implicam certamente uma participação intensa, mas não necessariamente uma participação alargada. Trata-se de uma questão que tem escapado aos esforços para construir uma teoria “*neo-republicana*” de governo português.

O contexto cultural português é propício a altos padrões éticos, ou seja, à honra, à palavra dada, o compromisso, a honestidade, a lealdade, o respeito, a solidariedade, a probidade, a coragem, o arrojo, que são valores tradicionais na ambiência cultural portuguesa.

Numa época em que vivemos numa agonia económica aflitiva, da qual não somos totalmente responsáveis nem colectivamente, nem muito menos individualmente, vivemos um dia de cada vez com esperança, prontos para dar o nosso melhor, assim os políticos que nos governam, em Portugal, saibam comportar-se de uma forma ética, coerente e responsável.

O ingresso num cargo é considerado como a aceitação de uma obrigação específica de administração fiel, em troca de uma existência segura. É decisivo para a natureza específica da lealdade moderna ao cargo que ele não estabeleça uma relação pessoal. A lealdade moderna é dedicada a finalidades impessoais e funcionais.

Na CE, só há uma menção sobre a fidelidade do desempenho das funções do Rei e da fidelidade ao Rei pelo príncipe herdeiro, no mais, existem diversas situações implícitas de dever de lealdade.

O dever de lealdade, mesmo não sendo explicitado na CE, foi uma preocupação constante do legislador no cumprimento de diversas obrigações pelos poderes públicos, quer sejam o Estado, as Administrações Públicas, as Cortes Gerais e o Poder Jurídico diante do cidadão espanhol.

Em nossa opinião, presume-se através da análise da CE que a ideia de moralidade prevista decompõem-se em duas interligações, uma de ordem subjectiva, e que consiste no propósito dimensional de probidade e honestidade na actuação administrativa, e outra de ordem objectiva que concerne os deveres de boa fé e lealdade na atitude da administração pública.

A administração pública espanhola tem como objectivo essencial os interesses gerais do povo espanhol, e perante tal factualidade, admite o parágrafo 1, do artigo 103 da CE, que é sobre esta premissa que deve incidir a sua actuação. O Tribunal Constitucional Espanhol afirma de forma reiterada que a necessidade de uma perfeita coordenação, de forma a minimizar os conflitos de competências perante os conflitos de competências perante os cidadãos.

Refere-se objectivamente, e essencialmente através da sentença 109/1998 de 21 de Maio, e que alude o princípio constitucional da eficácia enquanto elemento de origem dos elementos coordenadores de uma forma genérica a Lei 30/1992 que também se refere a este princípio em várias disposições que não sejam o artigo 3/1, ou seja, é digno de nota no presente artigo que refere, que em princípio, que o dever de lealdade institucional que devem reger as relações entre as administrações públicas, se referem ao respeito e à partilha de informação e cooperação que deve existir entre as administrações. Para este fim, os artigos 5 e ss. da Lei 30/1992 que regula as conferências sectoriais e outros órgãos de cooperação, acordos de colaboração que podem ser assinados entre o governo e os planos e programas.

Entre as competências que se regulam, funciona a lealdade institucional através dos mecanismos de cooperação, colaboração e respeito pelas competências atribuídas, isto é, a repartição deve ser flexível de forma a evitar disfuncionalidades.

As normas constitucionais em Espanha exprimem de forma expressa que através de uma interpretação sistemática, contempla a obrigação do Estado em proteger os direitos fundamentais nas relações mantidas entre particulares e as instituições.

Em relação às questões de soberania nacional, tem-se o dever de lealdade dos espanhóis de usarem a língua castelhana e outras línguas espanholas, estas somente nas regiões autónomas, e o dever de lealdade das comunidades autónomas também à bandeira nacional.

Ambas as Constituições tratam da mesma forma a lealdade à Constituição em todos os níveis, Estado e nação, e o papel fiscalizador dos fundamentos constitucionais pelos Tribunais Constitucionais, ou seja, na CRP, enquanto o *“princípio da universalidade”*, mostra o dever

de lealdade das pessoas individuais e colectivas no cumprimento dos deveres constitucionais; fim de zelar pelos princípios constitucionais do Estado de direito; pela CE, bem assim como o dever de lealdade dos membros do Tribunal Constitucional diante da sociedade, a fim de julgarem com independência e imparcialidade os processos que questionam a inconstitucionalidade de leis ou normas com força de lei.

As questões de soberania, que tratam do relacionamento entre os poderes, diferem de um país ao outro, pois, em Espanha existe o Rei, mesmo assim, deve haver uma relação de lealdade entre os poderes, em ambos os países, como segue.

Pela CRP, retrata-se o dever de lealdade dos membros do Conselho de Estado, dos membros do Conselho de Ministros, dos membros do Conselho Superior de Defesa Nacional; do Primeiro-Ministro, dos membros do Governo, dos Representantes da República, do presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República e dos Chefes das Forças Armadas, todos com o Presidente da República; um caso particular é o dever de lealdade entre a Assembleia da República e o Governo, devido ao voto de confiança; com o intuito de dar uma última *chance* ao Governo, na adopção de medidas políticas, económicas e de interesse geral. Em relação à administração pública, determina-se que trazem o dever de lealdade da administração pública ao Governo.

Do lado espanhol, em relação à questão da soberania que trata da relação entre os poderes e o Rei de Espanha, mostra-se toda a relação de lealdade que deve haver entre o Rei de Espanha e o Estado espanhol, determinando, assim o dever de lealdade do Estado espanhol ao Rei de Espanha, como chefe supremo do Estado; e o dever de lealdade do Rei de Espanha e do Príncipe de Astúrias, seu herdeiro imediato, à Constituição, às leis espanholas e aos direitos dos cidadãos e das comunidades autónomas. Em relação à questão da soberania, no tratamento entre o Estado e o povo, existe uma preocupação dos dois países de garantir a lealdade das populações em garantir a independência nacional, a unidade do Estado e o regular funcionamento das instituições democráticas; em relação à CE (1978), mostra-se o dever de lealdade do Estado em relação aos cidadãos, municípios, províncias e comunidades autónomas, a fim de que haja equilíbrio no tratamento e seja respeitado o princípio da solidariedade, de que tanto o Estado espanhol deseja que seja seguido.

A última questão de soberania, diz respeito à defesa nacional, em que também há coincidência nos deveres de lealdade em relação à nação. Pela CRP, representa o conjunto de deveres de lealdade do Estado com o povo português, na defesa nacional; o dever de lealdade das Forças Armadas em obedecer o Presidente da República e as directrizes do CSDN, em

acções nacionais e internacionais; e o dever de lealdade dos cidadãos em prestar serviço militar ou cívico para o país. Pela CE, invoca-se a lealdade das Forças Armadas, revelando, assim, o dever de lealdade das Forças Armadas com o povo espanhol, na defesa e manutenção da ordem constitucional.

A análise constitucional em referência aos trabalhadores e as relações laborais permite afirmar, que, de um modo geral, os dois países tratam da liberdade sindical, do direito à greve e da validade dos contratos colectivos de trabalho, de tal modo que, as relações de lealdade são praticamente as mesmas, dadas pelas Constituições, a menos que, na CRP existem mais elementos relacionados com a lealdade nas relações de trabalho, como é o caso da proibição de “*Lock out*” por parte dos empresários.

Quanto à questão dos trabalhadores e das relações laborais, a CE, determina-se o dever de lealdade dos sindicatos de trabalhadores e as associações empresariais com seus respectivos representados e as leis. Estabelece o dever de lealdade do Estado em permitir a realização de reuniões públicas e pacíficas, desde que não se utilizem de armamento ou interfiram na ordem pública, bem como mostra o dever de lealdade da formação e funcionamento das associações; impõe-se o dever de lealdade entre a empresa e o trabalhador na busca de trabalho e no local de trabalho, e ainda o dever de lealdade dos Colégios Profissionais no exercício democrático de suas funções. Representa o dever de lealdade da Administração Pública em relação aos funcionários públicos, a partir do respeito aos direitos do funcionário públicos, no exercício de suas funções; o dever de lealdade dos funcionários públicos perante à Administração Pública, em relação aos seus deveres, no exercício de suas funções; e o dever de lealdade dos funcionários públicos em relação à sociedade, em relação ao exercício de suas funções e ainda o dever de lealdade da Administração Pública em relação à sociedade, em relação à eficiência e qualidade nos serviços públicos prestados; o dever de lealdade da Administração Pública em relação aos funcionários públicos, a partir do respeito aos direitos do funcionário públicos, no exercício de suas funções; o dever de lealdade dos funcionários públicos perante a Administração Pública, em relação aos seus deveres, no exercício de suas funções; e o dever de lealdade dos funcionários públicos em relação à sociedade, em relação ao exercício de suas funções.

As Constituições tratam da questão relativa ao património histórico de maneira idêntica. Enquanto a CRP, reafirma-se o dever de lealdade do Estado e da sociedade na preservação do património cultural português; a CE, estabelece o dever de lealdade dos poderes públicos na conservação e valorização do património histórico, cultural e artístico do

povo espanhol; e o dever de lealdade do povo em conservar e respeitar o património histórico, cultural e artístico do povo de Espanha.

Outra questão constitucional é sobre os partidos políticos, sendo a preocupação primordial em ambas as Constituições com a honestidade na actuação dos partidos políticos.

A questão da liberdade do cidadão é ponto passivo nas Constituições e leva a consequência do dever de lealdade do Estado em manter este direito.

A questão da privacidade também reforça o dever de lealdade do Estado em garantir este direito aos cidadãos de ambos os países analisados. Na CRP, determina o dever de lealdade do Estado e da sociedade com a privacidade das pessoas e retrata o dever de lealdade das entidades públicas e privadas no tratamento, divulgação e protecção de dados pessoais, em meios electrónicos. Na CE, configura o dever de lealdade do Estado e da sociedade com a privacidade do cidadão, e impõe o dever de lealdade da Administração Pública perante a sociedade, no acesso às informações confidenciais dos cidadãos e de informações de segurança e defesa do Estado espanhol; e o dever de lealdade dos Tribunais em relação aos cidadãos, em cumprirem a lei que determina o reparo e a indemnização a todo o cidadão que provar ter sido prejudicado por qualquer actuação da Administração Pública.

Em relação à Justiça, as Constituições estabelecem o dever de lealdade dos Tribunais no respeito aos direitos dos cidadãos.

Em relação às relações internacionais, existe diferença de tratamento entre os países analisados: enquanto que na CRP, estabelece o dever de lealdade de Portugal com os princípios da boa convivência internacional. No caso da CE, impõe-se o dever de lealdade do Estado espanhol com países que mantenham acordos de desigualdades sectoriais e regionais e promover o desenvolvimento económico de todo o país.

A área tributária apresenta pontos em comum em ambas as Constituições, tais como: a arrecadação justa de impostos e o controlo do Tribunal de Contas para os gastos públicos. Desta forma, na CRP, enfoca o dever de lealdade do Estado com a sociedade na arrecadação de impostos, distribuição de riquezas e aplicação do orçamento; e o dever de lealdade do Tribunal de Contas e da Assembleia da República com a sociedade, na aprovação das contas do Estado.

Pela CE, relaciona o dever de lealdade do cidadão para o poder público, a fim de custear os gastos públicos; e o dever de lealdade do poder público para o cidadão, para que haja justiça na arrecadação tributária e qualidade, eficiência e economia na prestação dos serviços públicos.

Por fim, em relação as duas Constituições, não existe especificamente nada que trata do dever de lealdade, a menos de menções, no resto, esta Tese procura relacionar o dever de lealdade implícito, em cada país. Desta forma, na CRP existe o dever de obediência na administração pública e das forças armadas, esta em relação aos órgãos de soberania competentes, nos termos da Constituição e da lei. Por outro lado, na CE só há uma menção à palavra “*fidelidade*”, sobre a fidelidade do desempenho das funções do Rei e da fidelidade ao Rei pelo príncipe herdeiro.

O seja, perante a análise conseguida e perante as questões relativas aos direitos fundamentais consagrados em ambas as Constituições, as relações jurídicas, públicas e privadas, são relevantes quanto ao possível e inevitável conflito de direitos individuais com outros direitos, bens e valores constitucionalmente protegidos, tanto em benefício dos próprios trabalhadores como do Estado em relação aos cidadãos.

É importante referir que, em situações determinantes, é inevitável que os direitos individuais dos trabalhadores poderão estar em conflito directo com outros direitos constitucionalmente protegidos, seja em benefício de outros trabalhadores, seja em *prole* da colectividade, do Estado.

Será oportuno pronunciar o conceito da expressão *dereitos humanos* ou de outra forma, direitos naturais, e actualmente designados como *dereitos morais*, e que na realidade não se podem consignar como verdadeiros direitos.<sup>487</sup>

Por sua vez, a doutrina constitucionalista, reconhece que “*as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizados como sinónimos*”, isto é, sustenta-se que os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos são invioláveis, intemporáveis e universais.

O Estado, e perante a análise estrutural dos países estudados, tem o dever constitucional de não apenas proteger, mas sobretudo promover o pleno e efectivo gozo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Permita-se a conclusão assumida pela doutrina constitucionalista-laboralista que refere que “*o empregador só poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido (legal, convencional ou contratualmente) e/ou se houver subjacentes à sua actuação interesses que, no caso concreto, se mostrem merecedores de uma*

---

<sup>487</sup> ROBLES, GREGÓRIO: *Los Derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Cevitas, 1997, págs. 20 e ss.

*tutela superior à daquela liberdade*"<sup>488</sup>. E isso dá-se precisamente porque "*O trabalhador deve lealdade ao contrato, mas só a este, exactamente nos mesmos termos em que também o empregador a deve. De resto, na empresa o trabalhador continua a ser cidadão de corpo inteiro, mantendo, em princípio, os direitos de que todos os outros cidadãos são titulares*".

No âmbito das relações de trabalho constitucionalmente atribuídas<sup>489</sup>, sustenta que a manifestação da relação do trabalhador e a entidade são elementos preponderantes para um espaço de liberdade do trabalhador e por conseguinte uma liberdade de respeitar, sempre e sempre, tendo como corolário a lealdade, um vínculo laboral honesto e transparente.

Podemos admitir e constitucionalmente em causa, que o Direito do Trabalho tem por finalidade evitar que o trabalhador seja tratado como *coisa*.<sup>490</sup>

No modelo espanhol as relações de trabalho mostram-se como um campo de relações jurídico-privadas em que os direitos fundamentais estão sobretudo mais susceptíveis de alcançar um maior relevo, e obviamente um maior vulnerabilidade, ou seja, decorre da própria natureza do trabalho por conta de outrem; essa relação jurídica, pressupõe maiores riscos em que as relações entre sujeitos privados perante a actividade pública, confina os direitos do trabalhador, enquanto pessoa, com a qualidade de cidadão.<sup>491</sup>

Convém referir, e tendo como prólogo o conceito previsto neste estudo que a constitucionalização do Direito do Trabalho com o objectivo de estabelecer uma maior efectividade sobre o dever de lealdade é de certa forma um direito fundamental na legislação portuguesa e espanhola.

Por conseguinte, e tendo em vista, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, reconhecem que nas relações jurídico-privadas-constitucionais, previstas nas duas exigências estudadas, concedem uma protecção dos direitos adquiridos no âmbito das relações privadas-laborais, ou seja, o dever de lealdade, é, quanto mais não seja, um direito subjectivamente consagrado.

A vida em sociedade e a dignidade humana, levam a que os direitos fundamentais, constitucionalmente definidos nas duas Constituições, conciliam com as imposições próprias

<sup>488</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 197.

<sup>489</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 106.

<sup>490</sup> Neste sentido, convém conferir: CASAS BAAMONDE, M. E.: *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?* – Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 11, 2004, págs. 15-16.

<sup>491</sup> GARCÍA MURCÍA, J.: *La Revision de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, pág. 96.

de vida em sociedade, nomeadamente a ordem publica, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional entre outros. Repare-se o próprio texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem no seu artigo 29, que permite ao legislador estabelecer limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: “*direitos e liberdades de outrem*”, “*justas exigências da moral*”, da “*ordem pública e do bem geral numa sociedade democrática*”. Neste sentido, a restrição legislativa de direitos fundamentais, só se deve verificar ou admitir, quando se pretenda através dela, salvaguardar um outro valor ou interesse constitucionalmente protegido, como aliás refere o no parágrafo 2, do artigo 8 da CRP.

Como acabamos de verificar, a prossecução dos fins constitucionais da actividade pública situam-se no mesmo plano de garantia jurídica dos direitos fundamentais dos seus trabalhadores, dado que a tutela conferida pela CRP aos trabalhadores da Administração Pública e os meios de defesa que estes tem para a salvaguarda dos seus direitos previstos na CRP sob o titulo “*Direito dos Trabalhadores*” sem prever qualquer distinção entre trabalhadores da Administração Pública ou do Regime Geral, através do direito constitucional de greve insito no artigo 57 da CRP, direito esse que se enquadra no projecto constitucional de Portugal.

Perante os factos assinalados, a prossecução do alcance do interesse público pela Administração Pública situa-se no mesmo plano jurídico dos direitos fundamentais dos seus trabalhadores, não se podendo portanto inferir, como sucedia anteriormente, que a submissão dos direitos dos trabalhadores ao interesse publico, estava associada ao não reconhecimento dos direitos daqueles trabalhadores, enquanto cidadãos e enquanto, trabalhadores.<sup>492</sup>

A concepção tradicional residia no condicionalismo que a relação jurídica de emprego público projectava sobre a vida privada do funcionário ou agente, em termos de se lhes exigir que se comportassem de certa forma, conformando os seus actos pessoais com princípios morais e a sua conduta cívica com parâmetros ético-sociais, “*com cerceamento da liberdade de consciência e expressão*”.<sup>493</sup>

<sup>492</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República...*, ob. cit. pág. 80, VITA COCA, E.: “*La Discrecionalidad Técnica bajo el Control Ultimo de los Tribunales*”, Revista de Administración Pública, nº 108, 1985, pág. 205 e ss., em sentido contrário, veja-se, Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, nº 224-225, Ano 19, Agosto-Setembro 1980, pág. 1044, “*Os direitos dos trabalhadores em geral só são aplicáveis aos funcionários públicos na medida em que não colidam com o regime específico da funções pública*”, e pág.1050, “*a equiparação total dos trabalhadores da função pública aos restantes trabalhadores poderia, a curto prazo, conduzir à destruição do aparelho de Estado*”.

<sup>493</sup> NEVES, ANA: *Relação Jurídica de Emprego Público...*, cit., pág. 311.



Na origem de tal condicionamento, de “*semelhante capitis deminutio*” –, encontrava-se uma interpretação peculiar do dever de fidelidade ou lealdade, que: “*não só constituía o fundamento das obrigações directamente relacionadas com o exercício da prestação funcional (p. ex., o dever de sigilo profissional, de confidência e o dever de probidade) como de outros deveres sem ligação directa com a função desempenhada, designadamente os de natureza política ou moral*”.<sup>494</sup>

A fidelidade ou lealdade abrangia um conjunto de deveres, uns de carácter positivo que impunham a adesão aos fins superiores do Estado, a colaboração sem restrições com as autoridades e superiores hierárquicos e o respeito pelas instituições e princípios constitucionais, e outros de conteúdo negativo –, como a proibição de inscrição em partidos políticos ou em associações sindicais e quaisquer comportamentos ofensivos da Constituição Política então vigente.

Por conseguinte, os funcionários e agentes estavam obrigados a uma verdadeira adesão política e ética aos princípios do Estado, a qual acabava por transformar a relação de serviço num vínculo de carácter essencialmente pessoal e fiduciário e por impor ainda a “*esterilização política do funcionário (...)*”. Deste modo, o estatuto de especial dependência perante a Administração, alicerçado num dever de lealdade e num rigoroso princípio de hierarquia, fazia do agente um suporte da política seguida pelo poder estabelecido.<sup>495</sup>

Esta concepção originava naturalmente a extensão do campo da acção disciplinar à vida privada do funcionário ou agente, expressamente consagrada, no Estatuto Português de 1943, que considerava infracção disciplinar “*o facto voluntário praticado pelo funcionário com violação de algum dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce ou com ofensa dos deveres gerais dos cidadãos impostos pela lei ou pela moral social*”. Deste modo, eram colocadas sob a alçada disciplinar todas as acções ilegais ou imorais praticadas por funcionário ou agente, com exclusão apenas dos comportamentos relacionados com a vida íntima.

A concepção tradicional de relação de emprego público, centrada na perspectiva da Administração, em que o trabalhador na sua integridade física e moral se coloca na disponibilidade da pessoa de direito público, e em que existe uma implícita identificação total da vontade individual do agente (de resto pressupostamente suprimida) com a vontade funcional, encontra-se radicalmente afastada na CRP, onde o que assume relevo não é a

<sup>494</sup> FERNANDES, LIBERAL: *Autonomia colectiva...*, cit., págs. 161-162.

<sup>495</sup> FERNANDES, LIBERAL: *Autonomia colectiva...*, cit., pág. 162.

especial proeminência da entidade "*empregadora*", mas a especificidade dos interesses que se pretende ver satisfeitos por via da Administração Pública; neste contexto, os deveres funcionais dos funcionários e agentes não suscitam problemas de especial dificuldade e não são fundamentalmente diferentes daqueles que assume qualquer titular passivo de uma relação de trabalho, sendo designadamente de questionar a conformidade constitucional da imposição de deveres na vida privada ou relativos ao exercício de direitos políticos.<sup>496</sup>

Alguma doutrina portuguesa afirma que, "*uma interpretação personalística do dever de fidelidade ou lealdade*" originava, além de obrigações profissionais, imposições de natureza pessoal e política, como "*determinada postura na vida privada*" e a abstenção de determinadas condutas políticas e sociais (como a não inscrição em partidos políticos e em associações sindicais), acrescentando<sup>497</sup>: "*Com a Constituição de 1976 a lealdade profissionaliza-se. São outros os padrões constitucionais, globalmente, a liberdade e a democracia; especificamente, as explicitações várias: o nº 2, do artigo 266 – este referencial normativo-constitucional impõe-se à observância dos agentes administrativos “no exercício das suas funções”; salvaguarda-se interferências entre o campo funcional e o “exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária” (nº 2, do art. 270.º versão originária, actual artigo 269, nº 2); o dever de obediência não pode extravasar “matéria de serviço” (nº 2 do artigo 271). A revisão constitucional de 82 fez preceder o enunciado da subordinação dos “trabalhadores públicos” ao interesse público da locução “No exercício das suas funções” (artigo 266, nº 1); “A formulação do dever de lealdade na legislação disciplinar traduz essa profissionalização: consiste no desempenho de funções em subordinação aos objectivos do serviço e na perspectiva de prossecução ao interesse público (nº 8 do artigo 3 do ED – Dec-Lei nº 24/84, de 16-01), no respeito, obviamente, da lei que parametriza tais objectivos e dos termos em que os órgãos da Administração competentes ditam o interesse público nas múltiplas fatias de actividade administrativa e resolução das concretas situações (artigo 266, nº 2, e artigo 269, nº 1, da CRP). Portanto, é uma lealdade que não extravasa o requerido por lei e os objectivos do serviço, isto é, não comporta por princípio exigências de conduta (interferências) na vida privada (pessoal, cívica e política), não inibe ou restringe, designadamente, os direitos de manifestação, expressão, associação, reunião, petição colectiva e capacidade eleitoral*

<sup>496</sup> PEREIRA COUTINHO, J. L.: *A relação de emprego público na Constituição. Algumas notas*, em Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, 3.º Vol., Livraria Petrony, 1979, Lisboa, pág. 689 e ss., espec. págs. 694-695 e 699-702.

<sup>497</sup> NEVES, ANA: *Relação Jurídica de Emprego Público...*, cit. págs. 312-313.

*passiva (sem prejuízo da previsão constitucional da possibilidade de a lei estabelecer restrições ao exercício de estes direitos relativamente aos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo e dos agentes dos serviços e forças de segurança, na medida estrita das exigências das funções – artigo 270 da CRP – como visto). Afora estas, não flui da Constituição outra sorte de possível limitação da vida extra-funcional do agente (... )”.*

Todavia, entendemos que, apesar de a vida privada do trabalhador não poder ser disciplinarmente sancionada quando se traduza no exercício de um direito constitucional (designadamente, de natureza política), o mesmo pode não suceder quando estão em causa comportamentos condenáveis da vida privada, eventualmente integradores de ilícitos criminais.

Em Espanha<sup>498</sup>, entendia-se tradicionalmente que a ética e a deontologia não impunham apenas deveres de imparcialidade, eficácia e respeito pela lei, mas também obrigações susceptíveis de abranger a vida privada do funcionário, traduzidas em exigências de observância uma conduta regular, digna e honrosa, de acordo com a dignidade e prestígio próprios da Administração e dos seus agentes. O poder disciplinar garantia também estes valores (a dignidade, a honra, a moralidade, o prestígio, a probidade e a rectidão), que, para os funcionários, integravam verdadeiros deveres profissionais.

Presentemente, não se questiona que a Administração possa velar pelo seu prestígio e boa imagem e que, em consequência, os funcionários devam observar uma conduta especial.

Todavia, a configuração e a exigência deste tipo de deveres gera consequências nada despidiendas: para além de uma considerável expansão dos limites do poder disciplinar, a natureza deste tipo de deveres impede o cumprimento de exigências de precisão na tipificação das infracções, o que, no controlo de condutas vagamente determinadas, confere à Administração uma margem significativa de discricionariedade.<sup>499</sup>

Apesar de louvar a eliminação de aspectos indesejáveis de regulação e controlo do comportamento dos funcionários e de frisar a necessidade de grande parte desses conceitos carecer de uma interpretação em conformidade com os valores constitucionais, acrescenta que *“isso não autoriza sem mais a negar a conveniência de manutenção das exigências de dignidade e prestígio na função pública”*, dado existir um interesse geral em reprimir as condutas dos funcionários que, pondo em causa a sua própria dignidade ou a da

<sup>498</sup> Seguimos neste passo de perto BELÉN MARINA LAVO: *El Régimen Disciplinario...*, cit., págs. 59-65.

<sup>499</sup> A Autora ilustra a asserção com a cláusula da *“falta de probidade moral ou material”* (entretanto derogada) e com a existência dos *“tribunales de honor”*, proibidos pela Constituição de 1978.

Administração, podem prejudicar o funcionamento da organização administrativa, a respeitabilidade e a confiança pública que esta deve manter.

A doutrina mais recente sublinha que o dever de lealdade à administração mais não é que o exercício das funções confiadas em conformidade com o interesse público, com exclusão de qualquer outro tipo de interesse, protegendo o preceito constitucional o bom andamento e a imparcialidade da administração pública; todavia, sustenta-se que aquele dever não parece poder continuar a justificar a relevância da vida privada do funcionário público, antes deve ser interpretado no sentido de se exigir deste último uma particular e qualificada diligência no cumprimento das suas obrigações.

O dever de lealdade não guarda nenhuma conexão necessária com atitudes transgressoras intencionais, visto que depende, estruturalmente, dos deveres exigíveis dos funcionários públicos. O atendimento aos interesses públicos ou gerais pressupõe, aliás, uma série de comportamentos que transcendem os estreitos limites das infracções dolosas. A lealdade expressa um ideal que perpassa tanto os mais variados níveis de honestidade quanto, em medida pouco explorada, níveis significativos de eficiência funcional. Observe-se que a honestidade e a eficiência relacionam-se intimamente com o dever de lealdade institucional, o qual encontra previsão expressa nas Constituições ibéricas.

Quebrada a confiança, pelo incumprimento do dever de lealdade institucional, existe um grau mais elevado de violação da moral constitucional, tendo em conta a ponderação dos deveres em causa.

Quando se faz presente a inobservância do dever de lealdade constitucional, a partir da vulnerabilidade do conjunto de normas que o compõem, é certo que se pode constatar um incumprimento de regras sensivelmente valorizadas. O dever de lealdade constitucional traduz a observação obrigatória de uma série de normas essenciais ao vínculo que o agente mantém com o sector público. A essencialidade das normas ao vínculo constitucional traduz a sua importância superior no universo axiológico. Essas normas se inserem no círculo da moralidade, em termos de actividade pública, obrigatoriamente, numa dimensão específica e concentrada. A agressão perpetrada contra essas normas nucleares dá ensejo ao enquadramento do sujeito na categoria de desleal, o que pode ocorrer tanto pela via dolosa, quanto pela culposa.

### 5. A lealdade na relação entre os poderes públicos e privados

Determina-se o direito de participação dos trabalhadores na gestão da produção do sector público. Portanto este caso representa o dever de lealdade do sector público em relação aos trabalhadores, a fim de permitir a participação destes na gestão da produção.<sup>500</sup>

Observa-se também que dentre outras atribuições, exercer o papel de gestor da administração directa do Estado, civil e militar, a administração indirecta e a administração autónoma. Desta forma, esta situação caracteriza a subordinação de toda a administração pública ao Governo e, portanto, este caso representa o dever de lealdade da administração pública ao Governo.<sup>501</sup>

Nota-se que cada autarquia local deve actuar, conforme os desejos da população da região, que a representa. Para a manutenção da ordem, as polícias municipais devem exercer seu poder de actuação. Portanto, tem-se o caso do dever de lealdade das autarquias locais em relação aos desejos das populações locais, bem como o dever de lealdade das polícias municipais na manutenção da ordem.<sup>502</sup>

Observa-se que os trabalhadores da administração pública, agentes do Estado e outros órgãos públicos devem exercer as suas funções prioritariamente ao interesse público, respeitando direitos e interesses dos cidadãos e pela acção ou omissão de actos, que prejudiquem esses direitos e interesses, esses trabalhadores são responsabilizados, excepto se houver ordens superiores, mas que foram repudiadas pelo trabalhador, se bem que, não há amparo legal em qualquer caso se resultar de acção criminosa. Desta forma, existem dois níveis de lealdade: o dever de lealdade dos trabalhadores da administração pública, agentes do Estado e outros órgãos públicos em relação ao cidadão, a fim de exercer as funções para atenderem aos direitos e interesses da população; e o dever de lealdade destes trabalhadores aos superiores hierárquicos, salvo em acções ou omissões criminosas.<sup>503</sup>

<sup>500</sup> MARNOCO E SOUZA: *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2011, págs. 268-270.

<sup>501</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Lisboa, 2011, págs. 1021-1024.

<sup>502</sup> MARNOCO E SOUZA: *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2011, págs. 320-322.

<sup>503</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Lisboa, 2011, págs. 1104-1112.

O Código de Procedimento Administrativo Português (CPAP), de 1991, trata especificamente dos procedimentos administrativos<sup>504</sup> da administração pública portuguesa que, de acordo, e define-se que os órgãos destinados a cumprirem as determinações deste Código são: os órgãos da administração pública, cujas actividades administrativas estabeleçam relações com os cidadãos, além dos órgãos do Estado que, apesar de não pertencerem à administração pública, desempenham actividades administrativas. Desta forma, para efeitos do CPAP, os órgãos da administração pública, que devem cumprir com os deveres desta lei, são: todos os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas, que desempenham actividades administrativas; os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas; os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações; e as entidades de concessão, imbuídas de poderes de autoridade.<sup>505</sup>

Observa-se que a obrigatoriedade da boa fé, no relacionamento na administração pública, deve ser praticada em todos os níveis hierárquicos e em todos os contactos externos, a fim de não comprometer qualquer etapa do relacionamento. Desta forma, a relação interna entre administração e administrados deve estar estruturada para receber, processar e aprovar as solicitações externas de maneira eficiente, transparente e honesta. Por outro lado, toda a solicitação externa deve respeitar o direito ou interesse legalmente aceite. Portanto, toda a relação se finda dentro da total lisura e, neste caso, tem-se o dever de lealdade entre a administração pública e a sociedade, no cumprimento mútuo do princípio da boa fé; e o dever de lealdade nas relações internas na administração pública, a fim de que o recebimento, processamento e aprovação das solicitações externas sejam realizadas de maneira, eficiente, transparente e honesta, respeitando também o princípio da boa fé.<sup>506</sup>

A administração pública deve colaborar para que o cidadão receba toda a informação necessária, dentro do que a legislação permite, a fim de avaliar o desempenho da função administrativa. Este princípio torna-se possível a intervenção do cidadão nos procedimentos internos da administração pública, a fim de possibilitar a melhor adequação no atendimento para o cidadão. Por outro lado, a relação interna pode ser melhor pensada, a fim de torná-la

---

<sup>504</sup> Pelo CPAP (1991), na parte I, dos princípios gerais, capítulo I, das disposições preliminares, no artigo 1, define-se procedimento administrativo como “a *sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução*”. O processo administrativo é “o conjunto de documentos em que se traduzem os actos e formalidades que integram o procedimento administrativo”.

<sup>505</sup> PEDRO GONÇALVES, e PAULO OTERO: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 26-28.

<sup>506</sup> ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL: *Código dos Contratos Públicos 2012 e Legislação Complementar*, AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2012, págs. 15-20.

mais eficiente. Toda esta participação e colaboração com o cidadão deve ser aproveitada pela administração pública, a fim de tornar mais claros os seus objectivos e procedimentos, agindo com total transparência e tornando o cidadão como um agente transformador das relações internas e externas da administração pública. Assim, o cidadão pode-se consciencializar do seu papel dentro da administração pública e tornar-se um defensor do interesse público para o bom funcionamento da administração pública. Portanto, este caso representa o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, com o propósito de respeitar o princípio da colaboração da administração com os particulares, a fim de tornar possível a adequada participação do cidadão, em relação ao desempenho das funções administrativas, oferecendo sugestões e informações, tornando este cidadão como um agente transformador e defensor da administração pública.<sup>507</sup>

A participação individual ou colectiva reforça a condição de conhecer melhor o funcionamento da administração pública, a forma como são tomadas as decisões e quais são as exigências legais para se obter determinado direito ou interesse. Este relacionamento deve ser revestido dentro do respeito e transparência das informações. Além disso, este princípio permite com que as relações internas entre administração e administrados também deva ocorrer pela participação e, emendando com o princípio da colaboração, colaboração mútua entre administração e administrados, a fim de também tornar os funcionários agentes transformadores e defensores de seus órgãos públicos, onde actuam. Tal relação interna de participação e colaboração é uma consequência da participação e colaboração da administração pública com os cidadãos, pois é difícil imaginar uma relação externa ser aberta à população e não ser também da mesma forma, no ambiente interno da administração pública. Ambas as relações, interna e externa, devem-se completar para que cada uma funcione de maneira participativa e colaborativa. Portanto, este caso reflecte o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, a fim de assegurar o direito à participação; e o dever de lealdade nas relações entre administração e administrados, a fim de também tornar possível a participação e colaboração de todos os funcionários da administração pública, tornando cada funcionário num agente transformador e defensor da própria administração.<sup>508</sup>

---

<sup>507</sup> MARIANA ALMEIDA, e FERNANDO DIAS SIMÕES: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 23-26.

<sup>508</sup> AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 48-50.

O princípio da decisão reforça a condição de lealdade que a administração pública deve ao cidadão, pois fica a certeza de que o cidadão não fica desamparado em não ser informado daquilo que mais necessita. Por outro lado, as relações internas entre a administração e os administrados precisam estar sempre em sintonia para poderem esclarecer melhor as informações solicitadas pelos cidadãos. Pelo princípio da decisão, cria-se uma rede de informações interna e externa da administração pública, que deve conter todo o envasamento legalmente válido, a fim de que a informação tenha realmente condições de esclarecer o cidadão. Portanto, este caso refere-se ao dever de lealdade da administração pública ao cidadão, em respeitar o princípio da decisão, a fim de que toda a informação, pertinente ao direito ou interesse legal, seja esclarecida; e o dever de lealdade na administração pública, a fim de criar uma rede de informações capaz de agilizar as informações entre a administração e os administrados e nas respostas aos cidadãos.<sup>509</sup>

Quanto à gratuidade dos procedimentos administrativos, salvo aqueles determinados a serem custeados, de acordo com a legislação, existe, todavia, a partir do requerimento em juízo, pode-se conseguir o pagamento parcial ou total daqueles procedimentos em que a lei obriga o pagamento. Percebe-se que este princípio diz respeito a veracidade das informações prestadas pelos cidadãos à justiça administrativa. Por outro lado, a justiça administrativa deve exercer a sua actividade de maneira isenta e imparcial, o que torna a decisão leal aos princípios legais. Portanto, este caso reflecte o dever de lealdade dos cidadãos em requerer a gratuidade do procedimento administrativo, diante da justiça administrativa; e o dever de lealdade da justiça administrativa em relação a análise dos pedidos de gratuidade dos cidadãos, que requerem a isenção parcial ou total do pagamento de determinados procedimentos administrativos.<sup>510</sup>

A competência a partir da instauração do procedimento administrativo, sem prejuízo de se assumir outra competência, caso o procedimento administrativo dependa de outro órgão, qualquer cidadão pode requerer explicações, caso o órgão se declare incompetente. Portanto, este caso representa o dever de lealdade da administração pública ao cidadão, em relação à justa definição de competência, no esclarecimento dos motivos de incompetência e a agilidade e eficiência na solução final do procedimento administrativo; e o dever de lealdade entre órgãos da administração pública, em relação à definição da competência, no saneamento

<sup>509</sup> CASALTA NABAIS, JOSÉ: *Procedimento e Processo Administrativos*, 7ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012, págs. 29-30.

<sup>510</sup> AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 60-63.



rápido de conflitos de competência, no trabalho sincronizado entre órgãos com mesmas competências e na definição final do procedimento administrativo.<sup>511</sup>

Nota-se que a questão da imparcialidade e da constituição do impedimento, oriundo do interesse em qualquer procedimento administrativo, são matérias específicas de confiança e lealdade com o interesse público e a administração e os administrados precisam ser honestos para que o procedimento administrativo não seja comprometido e passível de anulação. Desta forma, este caso representa o dever de lealdade entre administração e administrados com o cidadão, na elaboração imparcial do procedimento administrativo e na comunicação de impedimento, caso haja interesse de qualquer funcionário.<sup>512</sup>

Quanto à “*extensão do direito de informação*”, facultam-se outros interessados legítimos no conteúdo dos procedimentos administrativos. A administração precisa treinar os administrados para a utilização eficiente dos equipamentos e também a melhoria do atendimento. Este conjunto de providências internas torna o ambiente de trabalho mais funcional e possibilita melhorar e aumentar o atendimento aos cidadãos. Portanto, este caso revela o dever de lealdade da administração pública aos cidadãos, a fim de lhes atender plenamente o direito à informação; e o dever de lealdade entre a administração e os administrados, a fim de oferecer treinamento e tornar mais funcional o ambiente de trabalho para o acesso às informações desejadas pelos cidadãos.<sup>513</sup>

Observa-se que o dever de notificar e o de não notificar impõem à administração pública um perfeito controlo sobre os actos ou procedimentos administrativos, a fim de que este dever da administração seja cumprido. Portanto, este caso reflecte o dever de lealdade da administração pública em cumprir com o dever de notificar os interessados, diante de actos ou procedimentos administrativos.<sup>514</sup>

O recurso hierárquico pode ou não suspender o acto recorrido, dependendo se o autor considerar grave dano ao interesse público a falta da execução do acto. Observa-se, que o CPAP refere um importante instrumento de correcção, dentro da administração pública: o recurso hierárquico. Assim, não só o acto administrativo pode ser questionado pelos

<sup>511</sup> PEDRO GONÇALVES, e PAULO OTERO: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 47-53.

<sup>512</sup> MARIANA ALMEIDA, FERNANDO DIAS SIMÕES: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 42-45.

<sup>513</sup> PEDRO GONÇALVES, e PAULO OTERO: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 63-66.

<sup>514</sup> MARIANA ALMEIDA, e FERNANDO DIAS SIMÕES: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 75-77.

cidadãos<sup>515</sup> como pela própria administração pública, por meio do recurso hierárquico e recurso tutelar. O recurso hierárquico destina-se a reformar e até extinguir o acto administrativo. Tanto o autor do acto quanto o autor do recurso são órgãos ou funcionários públicos. Desta forma, administração e administrados podem oferecer recurso. A interposição do recurso cabe ao mais alto nível hierárquico do administrado, que é o autor do acto, ou a quem estava delegada ou subdelegada a tarefa de criar o acto. O efeito mais importante da interposição do recurso é a suspensão imediata do acto. Para tanto, é necessário que se faça a notificação para todos os órgãos da administração pública que possam, de alguma forma, ser prejudicados pelo recurso. Caso não haja prejudicados e o autor do acto reconhecer a validade do recurso, o autor do acto pode alterá-lo e até extingui-lo, mediante notificação ao órgão competente incumbido de analisar o recurso, que, por sua vez, determina a decisão final sobre o recurso, podendo confirmar ou revogar o acto recorrido, modificar ou substituir o acto recorrido, quando o órgão julgador for também competente para intervir no acto administrativo; ou anular o acto. Desta forma, todo este processo, que envolve a interposição de recurso hierárquico, deve estar calcado no interesse público, ou seja, o recurso hierárquico, se não resultar na extinção do acto, serve para aperfeiçoar o acto administrativo, a fim de atender melhor o cidadão. Portanto, este caso representa o dever de lealdade entre os órgãos da administração pública, na elaboração dos actos administrativos e na reforma dos actos administrativos, por meio do recurso hierárquico, a fim de atender ao interesse público.<sup>516</sup>

Os contratos administrativos podem ser utilizados em concessões, para serviços de obras públicas, fornecimento contínuo ou prestação de serviços, sendo que os poderes da administração pública em relação aos contratos, salvo menção em contrário, tais como: alteração unilateral das prestações, desde que sejam mantidos o equilíbrio financeiro e o objecto do contrato; comando e supervisão da execução das prestações e penalização, se não há execução das prestações; e rescisão unilateral, motivada por interesse público, mas indemnizada.

A legislação favorece a administração pública, excepto quando tratada diferentemente, a alteração unilateral contratual, a supervisão da execução contratual e a rescisão unilateral

<sup>515</sup> De acordo com o CPAP (1991), na parte IV, da actividade administrativa, capítulo II, do acto administrativo, secção VI, da reclamação e dos recursos administrativos, na subsecção I, generalidades, no artigo 158, “*princípio geral*”, estabelece-se a prerrogativa do cidadão de ter o direito para revogar ou alterar qualquer acto administrativo, a partir de reclamação ao autor do acto e recurso ao superior hierárquico do autor do acto ou ao órgão que exerça poder de tutela (recurso tutelar). Ver: AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 82-84.

<sup>516</sup> AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 82-84.

indemnizada. A escolha dos co-contratantes pode ser realizada por meio de concurso público, por concurso limitado por prévia qualificação, por concurso limitado por convite, por negociação ou por ajuste directo, sendo que é obrigatório o concurso público, antes de se firmar o contrato administrativo. Faculta-se a administração pública em interpretar o conteúdo contratual, por acto opinativo, é convencer o co-contratante, que pode não aceitar e, então, ser resolvido o impasse por meio judicial. A relação contratual entre administração e co-contratantes, que se tornam administrados, possuem vários elementos, em que deve haver confiança e pleno atendimento do conteúdo contratual. Apesar da lei favorecer a administração pública em certos pontos cruciais de um contrato administrativo, não se pode tomar atitudes que prejudiquem direitos dos co-contratantes. Além disso, a administração pública deve proceder a escolha dos co-contratantes sempre mediante a aplicação de concurso público, mesmo que existam outras formas preliminares de escolha. Por outro lado, não se pode firmar contrato administrativo passível de gerar dúvidas, mas que podem ser resolvidas amigavelmente, por actos opinativos, e nem tão pouco que pode prejudicar terceiros. Portanto, este caso caracteriza o dever de lealdade entre a administração pública e os co-contratantes, ou administrados, na elaboração e execução de contratos administrativos.<sup>517</sup>

Ou seja, pela CRP e pelo CPAP existem diversas situações implícitas, que se caracterizam nos princípios do dever de lealdade.

O dever de lealdade mesmo não sendo devidamente caracterizado na CRP e no CPAP, existe muitas obrigações que convergem para se atender a este dever pela administração pública, não só entre os seus trabalhadores, mas também em relação à sociedade.

A Lei 30/92, de 26 de Novembro de 1992, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (RJAP-PAC), de Espanha, não reservou qualquer menção à lealdade ou ao dever deslealdade na administração pública e no procedimento administrativo, porém diversos princípios e obrigações convergem para a lealdade nas relações administrativas e que é visto a seguir:

Estabelece-se e regula-se o regime jurídico, do procedimento administrativo e as responsabilidades da administração pública, e determina-se a aplicação da presente lei a toda a administração pública, compreendida pela administração geral do Estado, as administrações das comunidades autónomas, as administrações locais e as entidades de direito público atreladas à administração pública. Por outro lado, a cooperação deve nortear o relacionamento

---

<sup>517</sup> MARIANA ALMEIDA, e FERNANDO DIAS SIMÕES: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 86-90.

entre as entidades que integram a administração pública, uma vez que a descentralização e a desconcentração exigem maior interacção na administração pública, o que só é possível se houver respeito às leis e a todos os integrantes da administração pública, tornando assim possível a unidade da personalidade jurídica. Portanto, este caso representa o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, a fim de actuar de maneira eficiente, eficaz, descentralizada e desconcentrada; e o dever de lealdade entre as entidades que integram a administração pública, a fim de ocorrer uma cooperação mútua e constituir uma personalidade jurídica única.<sup>518</sup>

O princípio de mútua colaboração entre os órgãos da administração pública deve imperar, com respeito às competências, com o cuidado na actuação entre órgãos de competências em comum, na cooperação de fornecer informações ou nas prestações requeridas de serviços por outros órgãos da administração pública. Os instrumentos de colaboração podem ser as conferências sectoriais, os convénios de colaboração, os acordos com a administração local ou com a UE. Desta forma, a preocupação maior é tornar a colaboração um meio para melhorar os serviços, analisando as dificuldades em comum e propondo soluções. Este tipo de relacionamento deve ser exercido com total respeito e lealdade nos seus objectivos. Portanto, este caso representa o dever de lealdade entre os órgãos da administração pública, a fim de estabelecerem acordos que ajudam a melhorarem os serviços públicos.<sup>519</sup>

Os órgãos da administração pública que acordaram a delegação são responsáveis solidariamente pela resolução do acto, de tal modo que, se o órgão delegante pode revogar a delegação em qualquer momento. Observa-se que a delegação de competência não só envolve a a necessidade de ser competente como também existir certa confiança no relacionamento entre delegado e delegante, uma vez que é obrigatório a celebração de acordo e o cumprimento deste acordo, de tal modo que existe solidariedade na responsabilidade das decisões, que são tomadas pelo órgão delegado. Portanto, este caso caracteriza-se o dever de lealdade na delegação de competência na administração pública, entre órgão delegante, aquele que propõe a delegação, e o órgão delegado, aquele que aceita a delegação, a fim solucionar acto ou procedimento administrativo atribuído inicialmente ao órgão delegante, mas assumido

<sup>518</sup> NIETO, ALEJANDRO: *Derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, págs. 11-12.

<sup>519</sup> ARANDA PLAZA, SARA, GONZÁLEZ ROMERA, M. ÁNGELES, y TENA RUIZ, JAVIER: *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*, La Ley Actualidad, Madrid. 2012, págs. 17-20.

pelo órgão delegado, de tal modo que ambos os órgãos se tornam solidariamente responsáveis pela solução do acto ou procedimento administrativo.<sup>520</sup>

Nos casos de conflitos de órgãos de diferentes administrações públicas, é o órgão superior a estas administrações públicas que faz a mediação e decide sobre a responsabilidade da competência. Observa-se que, na decisão sobre competência, deve haver sinceridade de quem não pode cumprir com a competência exigida e, por outro lado, deve existir imparcialidade ou desinteresse em quem deseja que outro órgão decline de uma competência já definida. A fraqueza em admitir a incompetência pode levar à reestruturação ou até a extinção do órgão, que se declara desta forma. Por outro lado, o interesse por determinado assunto, a ser tratado por outro órgão, requer do órgão pretendente a lisura no tratamento e solução do assunto, em função do interesse público. Desta forma, este caso representa o dever de lealdade na administração pública, em se declarar incompetente em resolver determinado assunto, oferecendo a quem tenha melhores condições de cumprir com a obrigação da solução do assunto; e o dever de lealdade na administração pública, no requerimento de mudança de competência, a fim de tratar o assunto, de acordo com o interesse público, de forma imparcial.<sup>521</sup>

No âmbito civil, a resposta deve ocorrer pelo órgão competente ao interessado, em até três meses; e, no caso laboral, a decisão deve sair num mês. Em ambos os casos, decorridos os prazos máximos, a via judicial torna-se a única via para solução definitiva do problema. Desta forma, a administração pública tenta evitar o maior número possível de acções judiciais e evitar todo o desgaste, que o funcionário enfrenta nestas situações, a partir de uma solução amigável e que pode também influenciar todo o desempenho profissional. A adopção de uma postura reconciliadora por parte de ambos, administração e administrado prejudicado, deve, além de resolver a questão, tornar o ambiente de trabalho mais produtivo e agradável, abrindo a possibilidade de voltar a confiança perdida, uma vez que, qualquer acção, quer seja judicial ou administrativa, geralmente abala as relações no ambiente de trabalho. Portanto, pode-se caracterizar este caso de dever de lealdade entre a administração pública e os trabalhadores que interpõem processos administrativos, a fim de procurarem uma atitude reconciliadora e que possam resolver o problema apontado e até melhorarem o ambiente de trabalho.<sup>522</sup>

<sup>520</sup> GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER: *Derecho de la competencia y regulación de las administraciones públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, págs. 37-40.

<sup>521</sup> ARANDA PLAZA, SARA, GONZÁLEZ ROMERA, M. ÁNGELES, y TENA RUIZ, JAVIER: *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*, La Ley Actualidad, Madrid. 2012, págs. 41-42.

<sup>522</sup> GARCÍA RUBIO, FERNANDO: *Estudio sobre empresas públicas*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 110-111.

Verifica-se que cabe a administração pública ter nos seus quadros profissionais capacitados e cumpridores das determinações laborais e legais. A solidariedade na responsabilidade de possíveis danos ou perdas é compartilhada entre a administração pública e a todos que estão ao seu serviço ou sejam seus representantes. Desta maneira, a confiança na administração pública começa na escolha profissional dos funcionários, que executaram os serviços, em nome desta administração, com competência e respeito à sociedade e às leis. Portanto, este caso reflecte o dever de lealdade das autoridades e profissionais a serviço da administração pública, a fim de desempenharem as suas funções da melhor maneira possível, dentro de suas competências e respeito ao cidadão e à legislação.<sup>523</sup>

O dever de lealdade, mesmo não sendo tratado de maneira explícita na CE e nem no RJAP-PAC, a ocorrência de diversas obrigações entre os órgãos da administração pública e os seus funcionários resulta na necessidade de haver relação de confiança e, portanto, lealdade no comportamento funcional de um modo geral.

Perfeitamente identificado, o dever de lealdade é um preceito imperativo sujeito a determinadas sanções no regime espanhol, e observa-se que é possível formar algumas categorias e que possam ser reunidas em determinadas situações semelhantes, ou equivalentes, sendo que a observação que se fez nos capítulos anteriores não se mostra adequada para este *item*, como se reavaliou primeiramente e se constatou a deficiência da categorização.<sup>524</sup>

Deste modo, partindo dos princípios básicos que se devem reger o serviço público, classificou-se em quatro categorias, a fim de caracterizar o dever de lealdade no serviço público, que são:

a) Legalidade: trata de agrupar as situações de como o Estado, a própria Administração Pública e os seus funcionários, exercem o dever de lealdade nas relações entre si e com a população, do ponto de vista do cumprimento dos direitos e deveres de um modo geral, de cada órgão público e da população, impostos pela legislação;

b) Confidencialidade: trata de agrupar as situações de como o Estado, a própria Administração Pública e os seus funcionários, exercem o dever de lealdade nas relações entre

<sup>523</sup> GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER: *Derecho de la competencia y regulación de las administraciones públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, págs. 84-85.

<sup>524</sup> Direito Comparado é o ramo do Direito, que estuda as diferenças e as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de diferentes Estados, agrupando-os em categorias, ou seja, é o ramo do Direito Internacional, que realiza comparações, por meio da definição de categorias, em que se faz as devidas análises diferenciais. Ver: BRANCO, RUI MIGUEL CARVALHINHO, e TAVARES DE ALMEIDA, PEDRO: *Burocracia, Estado e Território - Portugal e Espanha, Séculos XIX – XX*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007, pág. 14.

si e com a população, do ponto de vista do cumprimento dos direitos e deveres, em relação ao tratamento das informações, de cada órgão público e da população impostos pela legislação;

c) Participação e Atendimento: trata de agrupar as situações de como o Estado, a própria Administração Pública e os seus funcionários, exercem o dever de lealdade nas relações entre si e com a população, do ponto de vista do cumprimento dos direitos e deveres, em relação à participação e do atendimento, de cada órgão público e da população impostos pela legislação;

d) Hierarquização e Cooperação: trata de agrupar as situações de como o Estado, a própria Administração Pública e os seus funcionários, exercem o dever de lealdade nas relações entre si e com a população, do ponto de vista do cumprimento dos direitos e deveres, em relação à hierarquia e à cooperação, de cada órgão público e da população impostos pela legislação.

O que diferencia a legislação portuguesa da espanhola, é que a primeira, relaciona o dever de lealdade a certos princípios não contemplados pela segunda, ou seja, princípio da prossecução, princípio da proporcionalidade, princípio da decisão e princípio da participação. Além disso, Portugal inova ao determinar o dever de lealdade, em relação à adopção de qualquer acto necessário, prejudicial e válido, a fim de atender algum direito; o direito de indemnização por funcionário público, que prejudicou o popular; no direito à gratuidade processual; o dever de notificar e o dever de não se fazer requerimento ilegal ou inverídico. Pelo lado espanhol, tem-se o direito de presunção de inocência, em relação ao poder sancionador e o dever de haver a reconciliação, nos casos de conflitos internos.

Os principais aspectos distintivos dos dois regimes são, em primeiro lugar, o estatuto jurídico, pois em todos a nomeação é regulada pelo direito público (administrativo) e o contrato pelo direito privado (lei geral do trabalho); e, em segundo lugar, o pressuposto de regras de conduta – como a independência de actuação – e deveres - como o de lealdade - consentâneos com o interesse público.

No entanto os trabalhadores têm obrigações de lealdade comuns e genéricas, enquanto que para os assalariados os deveres se prendem apenas com as funções para as quais foram contratados.

O interesse público é o interesse colectivo, é o interesse geral de uma determinada comunidade, é o bem comum, sendo que se traduz numa exigência, a exigência de satisfação das necessidades colectivas -, tendo este princípio numerosas consequências práticas, das quais importa citar as mais importantes, a saber: só a lei pode definir os interesses públicos a

cargo da administração: não pode ser a administração a defini-los; em todos os casos em que a lei não define de forma complexa e exaustiva o interesse público, compete à administração interpretá-lo, dentro dos limites em que o tenha definido.

Só o interesse público definido por lei pode constituir motivo principalmente determinado de qualquer acto, assim, se um órgão da público praticar um acto que não tenha por motivo principalmente determinante, o interesse público posto por lei a seu cargo, esse acto estará viciado por desvio de poder, e por isso será um acto ilegal, como tal anulável contenciosamente bem como a prossecução de interesses privados em vez de interesse público, por parte de qualquer órgão ou agente no exercício das suas funções, constitui corrupção e como tal acarreta todo um conjunto de sanções, quer administrativas, quer penais, para quem assim proceder, e como é evidente a obrigação de prosseguir o interesse público exige ao poder público que adopte em relação a cada caso concreto as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro): é o chamado dever de boa administração.

Sobressaem porém os dois limites negativos que se coloca na relação entre os poderes públicos, como sejam não dever atraiçoar a confiança que os cidadãos interessados puseram num certo comportamento seu, bem assim como o facto do poder público não dever iniciar o procedimento legalmente previsto para alcançar um certo objectivo com o propósito de atingir um objectivo diverso, ainda que de interesse público, o que determina, se for o caso, uma violação ao dever de lealdade.

O princípio da lealdade nasceu como limite à acção dos poderes públicos, tendo como premissa fundamental a de proteger os direitos e interesses dos cidadãos. Embora o princípio da lealdade continue a desempenhar essa função, o certo é que se conclui entretanto que não basta o escrupuloso cumprimento da lei por parte do poder para que simultaneamente se verifique o respeito integral dos direitos subjectivos e dos direitos legítimos dos cidadãos.

A CRP determina através do princípio da imparcialidade, um comportamento de isenção e uma atitude de honestidade e lealdade perante os cidadãos e vice-versa, não privilegiando nenhuma das partes, nem discriminando ninguém, na convicção objectiva de não conferir privilégios, pois só a lei o poderá fazer.

Os cidadãos que trabalham nos serviços públicos, ao actuarem de forma eticamente correcta, serão, para além de mais eficazes e eficientes, um reflexo de confiança, honestidade e credibilidade perante os cidadãos, ou seja, através de uma conduta íntegra, denotam um



sentido de lealdade institucional e o compromisso da integral eficácia dos objectivos a que se propõe o poder público.

A qualidade de um serviço implica a reciprocidade de compromisso entre o cidadão e o poder público, bem assim como o respeito e a concretização de satisfação de necessidades perante a comunidade.

Como vimos afirmando neste trabalho, a lealdade é um valor específico contemporâneo, determinada pela integridade das partes envolvidas e que exige um comportamento ético de forma a não comprometer práticas menos claras.

Nas relações entre os poderes públicos e os cidadãos, permite-se admitir a criação de uma inter-relação eficiente, ou seja, que satisfaça as partes através das necessidades reais, favorecendo a introdução de mecanismos de competência para desenvolver serviços que favoreçam a participação com lisura e urbanidade.

## ***6. O dever de lealdade nas relações administrativas***

Do ponto de vista do Direito Administrativo, e uma vez que se vincula a lealdade entre administração e administrados, em ambos os países analisados neste trabalho, o Direito Administrativo está relacionado à Administração Pública e, por isso, o foco da análise do dever de lealdade está manifesto às questões legais extraídas das duas mais importantes leis nestes países, que tratam especificamente da Administração Pública, ou seja, o Decreto Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro de 1991, que aprovou o primeiro Código do Procedimento Administrativo Português (CPAP), que contém a regulamentação da administração pública portuguesa<sup>525</sup>; e, no caso espanhol, é analisada a Lei n.º. 30/92, de 26 de Novembro de 1992, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (RJAP-PAC)<sup>526</sup>. Apesar de Portugal possuir o Código Administrativo de 1936 em vigor, este trabalho não o analisa, pois seu conteúdo está baseado ainda na Constituição Portuguesa de 1933, o que já não é tratada nesta tese.

<sup>525</sup> ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL: *Código dos Contratos Públicos 2012 e Legislação Complementar*, AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2012, págs. 4-6.

<sup>526</sup> ARANDA PLAZA, SARA, GONZÁLEZ ROMERA, M. ÁNGELES, e TENA RUIZ, JAVIER: *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*, La Ley Actualidad, Madrid. 2012, págs. 5-6.

O Código de Procedimento Administrativo Português (CPAP), de 1991, trata especificamente dos procedimentos administrativos<sup>527</sup> da administração pública portuguesa que, cujas actividades administrativas estabeleçam relações com os cidadãos, além dos órgãos do Estado que, apesar de não pertencerem à administração pública, desempenham actividades administrativas. Desta forma, para efeitos do CPAP, os órgãos da administração pública, que devem cumprir com os deveres desta lei, são: todos os órgãos do Estado e das Regiões Autónomas, que desempenham actividades administrativas; os órgãos dos institutos públicos e das associações públicas; os órgãos das autarquias locais e suas associações e federações; e as entidades de concessão, imbuídas de poderes de autoridade.<sup>528</sup>

Não se pode ignorar que o atendimento a este princípio também envolve a colaboração entre administrados e entre administração e administrados. Portanto, tem-se o caso do dever de lealdade da administração pública perante a sociedade no atendimento ao princípio da prossecução do direito legítimo e do interesse público legalmente exigível; e o dever de lealdade na administração pública em agir solidariamente para atender ao princípio da prossecução do interesse público.<sup>529</sup>

O respeito de igualdade, é um princípio que torna as relações mais transparentes e dificultam os descontentamentos entre funcionários, pois as acções estão baseadas exclusivamente na legislação, que deve manter equilibrada todas as acções. Quanto ao princípio da proporcionalidade, este representa as situações em que ocorrem conflitos de direitos, quando a administração pública toma determinada decisão, ou seja, são decisões, em que o direito de uns afecta o direito de outros. Neste caso, deve-se adoptar um meio-termo, proporcional a cada parte, adequando o direito de um ao prejuízo de outrem. Sem dúvida, é uma situação geralmente difícil de ser adoptada na prática, mas é prevista legalmente. Aquele que pratica este princípio e consegue manter a harmonia, nas relações entre os que pleiteam o direito e aqueles que colidam com algum direito ou interesse, cumpriu plenamente o que determina o princípio da proporcionalidade. De contrário, as questões de conflitos de interesses legais só poderão ser resolvidas pela via judicial. Portanto, estes casos representam

<sup>527</sup> Pelo CPAP (1991), na parte I, dos princípios gerais, capítulo I, das disposições preliminares, no artigo 1, define-se procedimento administrativo como “a *sucessão ordenada de actos e formalidades tendentes à formação e manifestação da vontade da Administração Pública ou à sua execução*”. O processo administrativo é “o *conjunto de documentos em que se traduzem os actos e formalidades que integram o procedimento administrativo*”.

<sup>528</sup> PEDRO GONÇALVES, PAULO OTERO: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 26-28.

<sup>529</sup> AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 34-35.

o dever de lealdade da administração em relação à sociedade no cumprimento do princípio da igualdade; o dever de lealdade entre administração e administrados, no cumprimento do princípio da igualdade, no desempenho das funções; o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, a fim de tornar possível a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que ocorrem conflitos de direitos e interesses legalmente constituídos.<sup>530</sup>

Os princípios de imparcialidade e lealdade são princípios que também devem ser aplicados no relacionamento interno, entre administração e administrados, uma vez que, a harmonia nas relações de trabalho passa pela adopção de atitudes justas e imparciais. A área de Recursos Humanos deve estabelecer critérios justos e imparciais na aplicação de méritos, benefícios e regalias, além do estabelecimento de um salário justo, a fim de ser possível aos administrados saberem o que a administração pública espera deles para que consigam alcançar uma posição melhor dentro da administração. Desta forma, ser justo e imparcial é também uma situação de lealdade e, portanto, este caso representa o dever de lealdade na administração pública em relação à sociedade, na aplicação dos princípios de justiça e imparcialidade; e o dever de lealdade entre os funcionários da administração pública, em praticar os princípios da justiça e imparcialidade, a fim de manter a harmonia elevada, o descontentamento reduzido e melhorar as condições de trabalho.<sup>531</sup>

Impõe-se a obrigatoriedade de se agir de boa fé, no relacionamento mútuo entre administração pública e os cidadãos, de tal modo que a confiança mútua entre as partes deve estar relacionada aos objectivos justos e legais do direito ou interesse a ser obtido. Assim, todo o pedido deve ser feito dentro da legalidade e cada uma das partes deve confiar para que a relação ocorra honestamente. Observa-se que a obrigatoriedade da boa fé, no relacionamento na administração pública, deve ser praticada em todos os níveis hierárquicos e em todos os contactos externos, a fim de não comprometer qualquer etapa do relacionamento. Desta forma, a relação interna entre administração e administrados deve estar estruturada para receber, processar e aprovar as solicitações externas de maneira eficiente, transparente e honesta. Igualmente, todo o procedimento administrativo tem como corolário o processamento e

---

<sup>530</sup> AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 41-44

<sup>531</sup> PEDRO GONÇALVES, PAULO OTERO: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 35-38.

aprovação das solicitações externas sejam realizadas de maneira, eficiente, transparente e honesta, respeitando também o princípio da boa fé.<sup>532</sup>

Quanto ao “*princípio da colaboração da administração com os particulares*”, estabelece-se que a administração pública e o cidadão podem-se consciencializar do seu papel dentro da administração pública e tornar-se um defensor do interesse público para o bom funcionamento da administração pública. Portanto, este caso representa o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, com o propósito de respeitar o princípio da colaboração da administração com os particulares, a fim de tornar possível a adequada participação do cidadão, em relação ao desempenho das funções administrativas, oferecendo sugestões e informações, tornando este cidadão como um agente transformador e defensor da administração pública.<sup>533</sup>

A administração pública é aberta a todos os cidadãos que desejam informações sobre os conteúdos de arquivos e registos, excepto aquelas informações estão relacionadas à segurança, à criminalidade e à privacidade do cidadão.

Quanto ao “*dever de notificar*”, determina-se que os actos administrativos devem ser notificados a todos aqueles que formulam pretensões, invocam deveres ou direitos, ou provocam perdas e danos, e estabelecem-se os casos de dispensa das notificações, ou seja, quando são falados diante dos interessados, ou quando são revelados o conteúdo dos actos. Observa-se que o dever de notificar e o de não notificar impõem à administração pública um perfeito controlo sobre os actos ou procedimentos administrativos, a fim de que este dever da administração seja cumprido. Portanto, este caso reflecte o dever de lealdade da administração pública em cumprir com o dever de notificar os interessados, diante de actos ou procedimentos administrativos.<sup>534</sup>

Contudo, há que concluir que a experiência portuguesa permite, assim, sugerir que conceitos fortes de cidadania, como os de matriz republicana que animaram o regime liberal no século XIX e atingem o século XXI, implicam certamente uma participação intensa, mas não necessariamente uma participação alargada. Trata-se de uma questão que tem escapado aos esforços para construir uma teoria “*neo-republicana*” de governo português.

<sup>532</sup> ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL: *Código dos Contratos Públicos 2012 e Legislação Complementar*, AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2012, págs. 15-20.

<sup>533</sup> MARIANA ALMEIDA, e FERNANDO DIAS SIMÕES: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Edições Almedina, Lisboa, 2012, págs. 23-26.

<sup>534</sup> MARIANA ALMEIDA, e FERNANDO DIAS SIMÕES: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Almedina, Lisboa, 2012, págs. 75-77.

O ingresso num cargo é considerado como a aceitação de uma obrigação específica de administração fiel, em troca de uma existência segura. É decisivo para a natureza específica da lealdade moderna ao cargo que ele não estabeleça uma relação pessoal. A lealdade moderna é dedicada a finalidades impessoais e funcionais.

A Lei nº. 30/92, de 26 de Novembro de 1992, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (RJAP-PAC), em Espanha, não reservou qualquer menção à lealdade ou ao dever deslealdade na administração pública e no procedimento administrativo, porém diversos princípios e obrigações convergem para a lealdade nas relações administrativas e que é visto a seguir:

Os órgãos da administração pública devem respeitar as competências mútuas, entre si; devem ponderar sobre as competências em comum, com outros órgãos da administração pública; devem cooperar nas informações solicitadas, salvo se as informações tiverem consequências graves, e nas prestações de serviços requeridas por outros órgãos da administração pública, bem como se definem as atribuições das conferências sectoriais para que haja coerência nos serviços Estatais por sectores da administração pública; a possibilidade de se firmarem convénios de colaboração entre os órgãos de Governo e os das comunidades autónomas, é definido pelos consórcios como o órgão gestor de convénio de colaboração, e que toda a obrigação proveniente de qualquer tratado firmado na UE, o órgão da administração pública reportar-se-á à administração geral do Estado para o envio e recebimento das informações para a comunidade europeia.<sup>535</sup>

Observa-se que os principio de mútua colaboração entre os órgãos da administração pública deve imperar, com respeito às competências, com o cuidado na actuação entre órgãos de competências em comum, na cooperação de fornecer informações ou nas prestações requeridas de serviços por outros órgãos da administração pública. Os instrumentos de colaboração podem ser as conferências sectoriais, os convénios de colaboração, os acordos com a administração local ou com a comunidade europeia. Desta forma, a preocupação maior é tornar a colaboração um meio para melhorar os serviços, analisando as dificuldades em comum e propondo soluções. Este tipo de relacionamento deve ser exercido com total respeito e lealdade aos seus objectivos. Portanto, este caso representa o dever de lealdade entre os

---

<sup>535</sup> ARANDA PLAZA, SARA, GONZÁLEZ ROMERA, M. ÁNGELES, y TENA RUIZ, JAVIER: *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*, La Ley Actualidad, Madrid. 2012, págs. 17-20.

órgãos da administração pública, a fim de estabelecerem acordos que ajudam a melhorarem os serviços públicos.<sup>536</sup>

A criação de novos órgãos da administração pública depende dos limites de competência do órgão criador, ou seja, o novo órgão deve ter competências dentro das atribuições do órgão criador. A partir desta delimitação, exige-se que o novo órgão seja dependente hierarquicamente do órgão criador, haja recursos suficientes para a criação e funcionamento do órgão a ser criado, cujas competências não podem coincidir ou prejudicar competências de outros órgãos em funcionamento; impõe-se que a competência é irrenunciável e deve ser exercida pelos órgãos que a assumem, de tal modo que há regras especiais nos casos de delegação, avocação ou encomenda de gestão, que são vistos adiante.

Destes casos, somente a delegação muda a titularidade da competência, mas existe responsabilidade solidária entre o delegado e o delegante. Assim, a titularidade e o exercício da competência podem ser desconcentrados a outros órgãos hierarquicamente dependentes.

Caso alguma atribuição possa ser executada por órgãos da mesma competência, mas que não foi determinado qual dos órgãos executará a atribuição, fica determinado que todos os órgãos executaram a atribuição.<sup>537</sup>

Nota-se que a criação de novos órgãos da administração pública exige singularidade de competência e recursos suficientes para o funcionamento, ou seja, a administração pública deve priorizar a melhoria e o incremento dos serviços públicos, mas sem gastos extras. Portanto, este caso específico reflecte o dever de lealdade entre a administração pública em relação à sociedade, a fim de justificar a criação de novos órgãos da administração pública, priorizando a melhoria e o incremento de serviços públicos e mantendo estáveis os gastos públicos.<sup>538</sup>

Existe uma caracterização do dever de lealdade entre titular e subordinados dos órgãos competentes da administração pública, a fim de respeitarem a divulgação das informações das solicitações e dos procedimentos adoptados na solução dos assuntos; na tramitação e na

<sup>536</sup> ARANDA PLAZA, SARA, GONZÁLEZ ROMERA, M. ÁNGELES, y TENA RUIZ, JAVIER: *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*, La Ley Actualidad, Madrid. 2012, págs. 17-20;

<sup>537</sup> GOERLICH PESET, JOSÉ MARIA: *Libertades económicas, mercado de trabajo y Derecho de la competencia - un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, págs. 33-37.

<sup>538</sup> GOERLICH PESET, JOSÉ MARIA: *Libertades económicas, mercado de trabajo y Derecho de la competencia - un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011, págs. 33-37.

conclusão dos procedimentos; e nos prazos de cumprimento das solicitações de procedimentos administrativos endereçadas a estes órgãos.<sup>539</sup>

Na responsabilidade das administrações públicas e das suas autoridades e demais pessoas ao seu serviço, determina-se que as indemnizações pagas pela administração pública, resultantes de prejuízos ou danos provocados por autoridades e pessoas ao seu serviço, estas podem ser cobradas pela administração pública, que analisará se houve dolo, culpa, negligência, caso fortuito ou força maior. Verifica-se que cabe à administração pública ter nos seus quadros profissionais capacitados e cumpridores das determinações laborais e legais. A solidariedade na responsabilidade de possíveis danos ou perdas é compartilhada entre a administração pública e a todos que estão ao seu serviço ou sejam seus representantes. Desta maneira, a confiança na administração pública começa na escolha profissional dos funcionários, que executaram os serviços, em nome desta administração, com competência e respeito à sociedade e às leis. Portanto, este caso reflecte o dever de lealdade das autoridades e profissionais a serviço da administração pública, a fim de desempenharem suas funções da melhor maneira possível, dentro das suas competências e respeito ao cidadão e à legislação.<sup>540</sup>

A lealdade na relação entre os poderes analisados, permite concluir, que em relação ao poder político passou a ter um conceito contratual. As qualidades como a lealdade, a integridade e o comprometimento com o bem-estar do público estão subordinados às metas da eficiência e da gestão.

A ética da AP é orientada para o serviço público, e por consequência deve ser suportada por comportamentos congruentes com o interesse geral. O primado do interesse público impõe aos funcionários uma pluralidade de deveres como o dever de neutralidade; o dever de legalidade; justiça e imparcialidade; igualdade; proporcionalidade; colaboração e boa fé; informação e qualidade, lealdade; integridade; competência e responsabilidade, deveres estes preconizados na relação entre os poderes públicos e os cidadãos em geral.

A cooperação entre as autoridades não é apenas um dever: é a essência do modelo de organização territorial do Estado. Esta cooperação, que parece essencial, pertence a todos os níveis de governo, na presença, mas só fez referência explícita ao maior nível de competência territorial: o Estado e as Comunidades Autónomas. O princípio da lealdade institucional é forçada a contemplar o disposto no artigo 103/1 da CE, como se referindo aos três pilares da organização do Estado autónomo, com todas as particularidades e os limites que se aplicam,

<sup>539</sup> NIETO, ALEJANDRO: *Derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, págs. 76-79.

<sup>540</sup> GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER: *Derecho de la competencia y regulación de las administraciones públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 2011, págs. 84-85.

mas sem excluir nenhum. Assim, desde a exposição de motivos da Lei 4/99 (reforma da Lei 30/1992), reconhece-se uma maior sensibilidade para a lealdade institucional derivada da Constituição actual. De facto, mencionar explicitamente o princípio da lealdade institucional *"como um princípio orientador para facilitar a colaboração e cooperação entre governo diferente (...)"*.

Após o reconhecimento da unidade indissolúvel da nação espanhola, por um lado, e o reconhecimento da autonomia das partes constituintes, é claro que ambos os princípios só podem ser eficazes se forem implementadas com a subordinação das partes e inteiramente ao princípio da lealdade institucional, e só é compreensível a partir do reconhecimento mútuo por todos da existência legítima das partes e também o todo do qual precisamente é possível e legitimada a existência de todas as partes do mesmo.

Em relação aos princípios gerais, não existem muitas diferenças, pois ambos enaltecem a questão do atendimento ao direito, com eficiência. O CPAP, determina o princípio da legalidade como o dever de obediência à legislação, perfazendo no dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, no cumprimento da lei e no atendimento ao direito, ou seja, em cumprir com o princípio da legalidade; o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade na prática de qualquer acto necessário, prejudicial e válido, ou seja, de qualquer acção necessária, mas prejudicial, dentro de uma situação incomum, a fim de se cumprir a lei ou respeitar algum direito; o dever de lealdade da administração pública, em relação à sociedade e aos próprios funcionários públicos, em reconhecer que deve indemnizar quem foi prejudicado por acção, em que resultou no atendimento a um direito ou no respeito à lei. Estabelece-se o dever de lealdade da administração pública aos cidadãos, a fim de tornarem os serviços prestados eficientes e rápidos e, assim, respeitar o princípio da desburocratização e eficiência; e o dever de lealdade entre a administração e os administrados, a partir de uma relação de trabalho de valorização e que ajuda na adopção de um sistema desburocratizante e eficiente dos serviços prestados. O RJAP-PAC, reúne o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, a fim de actuar de maneira eficiente, eficaz, descentralizada e desconcentrada; e o dever de lealdade entre as entidades que integram a administração pública, a fim de ocorrer uma cooperação mútua e constituir uma personalidade jurídica única.

Uma questão comum tratada da mesma forma, em ambos os modelos, é o dos órgãos colegiados. No CPAP, estipula o dever de lealdade do presidente do colegiado das entidades públicas aos princípios fundamentais dos direitos dos funcionários e dos cidadãos, a fim de



que as decisões ou impugnações não afetem direitos já consagrados pela legislação. No RJAP-PAC, caracteriza-se o dever de lealdade nos órgãos colegiados da administração pública, em relação às decisões das sessões, que devem corresponder ao interesse público; e o dever de lealdade de todos os participantes nas sessões dos órgãos colegiados, ou seja, presidente, secretário e membros a fim de cumprirem o regimento interno e a legislação vigente.

Quanto à questão da resolução dos problemas, o destaque fica por conta do modelo espanhol, que determina prazo para cumprimento da obrigação de resolver, que, se não resolver, presumem-se juridicamente válidos os pedidos formalizados. O CPAP, estabelece o dever de lealdade da administração pública ao cidadão, em respeitar o princípio da decisão, a fim de que toda a informação, pertinente ao direito ou interesse legal, seja esclarecida; e o dever de lealdade na administração pública, a fim de criar uma rede de informações capaz de agilizar as informações entre a administração e os administrados e nas respostas aos cidadãos.

O RJAP-PAC, determina o dever de lealdade entre titular e subordinados dos órgãos competentes da administração pública, a fim de respeitarem a divulgação das informações das solicitações e dos procedimentos adotados na solução dos assuntos; na tramitação e na conclusão dos procedimentos; e nos prazos de cumprimento das solicitações de procedimentos administrativos endereçadas a estes órgãos, sob pena de presunção aos interessados.

No caso da participação entre os órgãos da administração pública, o modelo espanhol estipula melhor a questão dos convênios e acordos, enquanto que o modelo português fala em colaboração, mas não a detalha. O CPAP, estabelece o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, com o fim de assegurar o direito à participação; e o dever de lealdade nas relações entre administração e administrados, a fim de também tornar possível a participação e colaboração de todos os funcionários da administração pública, tornando cada funcionário num agente transformador e defensor da própria administração. O RJAP-PAC, determina o dever de lealdade entre os órgãos da administração pública, a fim de estabelecerem acordos que ajudam a melhorarem os serviços públicos.

Em relação aos direitos assegurados em cada modelo, o CPAP traz alguns princípios não relacionados no RJAP-PAC, tais como: estabelecer o dever de lealdade da administração pública perante à sociedade no atendimento ao princípio da prossecução do direito legítimo e do interesse público legalmente exigível; e o dever de lealdade na administração pública em agir solidariamente para atender ao princípio da prossecução do interesse público; determina o dever de lealdade da administração em relação à sociedade no cumprimento do princípio da

igualdade; o dever de lealdade entre administração e administrados, no cumprimento do princípio da igualdade, no desempenho das funções; o dever de lealdade da administração pública em relação à sociedade, a fim de tornar possível a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que ocorrem conflitos de direitos e interesses legalmente constituídos. Impõe o dever de lealdade entre a administração pública e a sociedade, no cumprimento mútuo do princípio da boa fé; e o dever de lealdade nas relações internas na administração pública, a fim de que o recebimento, processamento e aprovação das solicitações externas sejam realizadas de maneira, eficiente, transparente e honesta, respeitando também o princípio da boa fé. Em relação aos direitos assegurados no RJAP-PAC e não contemplados no CPAP, que ocasionam o dever de lealdade, estão relacionados à criação de novos órgãos da administração pública e aos processos administrativos movidos pelos funcionários da administração pública.

Em Espanha verifica-se um paralelismo idêntico, pelo que o que se analisa e aplica obedece aos mesmos critérios analíticos estudados.

A legislação espanhola impõe ao Poder Público os deveres de agir com certa previsibilidade e de respeitar as situações constituídas pelas normas por ele editadas e reconhecidas, de modo a trazer estabilidade e coerência em seu comportamento.

Embora se tenha desenvolvido a presente epígrafe no âmbito das relações de Direito Privado, é plenamente aplicável na seara das relações administrativas. Em sentido geral, a boa fé impõe às pessoas, entenda-se cidadão -, nas suas relações, o dever de agir com lealdade, transparência e coerência, observando a palavra empenhada. Assim, tanto no âmbito das relações privadas como nas relações jurídicas com o Estado, incide um dos mais importantes deveres decorrentes da boa fé: o *venire contra factum proprium*, que é a vedação do comportamento contraditório. Assim, não pode uma pessoa durante certo período de tempo gerar expectativas na outra e, subitamente, agir de forma oposta, criando uma contradição.

Como escreveu um dos ilustres constitucionalistas portugueses, "*a democracia constrói-se através da democracia. A democracia é, acima de tudo, uma atitude moral*".<sup>541</sup>

Na verdade, para o Estatuto Disciplinar da Função Pública português, dizendo assim por comodidade, "*considera-se infracção disciplinar o facto, ainda que meramente culposos, praticado pelo funcionário ou agente com violação de algum dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce*" (cfr. artigo 3/1), referindo-se expressamente que "*é dever geral dos funcionários e agentes actuar no sentido de criar no público confiança na acção da*

<sup>541</sup> MIRANDA, JORGE: *Revisão Constitucional e Democracia*, Almedina, Lisboa, 1983, pág. 12.

*Administração Pública, em especial no que á sua imparcialidade diz respeito*" (citado artigo 3/3) caracterizando, de seguida e entre outros, o "*dever de isenção*" e que consiste em não retirar vantagens directas ou indirectas, pecuniárias ou outras, das funções que exerce, actuando com independência em relação aos interesses e pressões particulares de qualquer índole, na perspectiva do respeito pela igualdade dos cidadãos, e o dever de lealdade que consiste em desempenhar as suas funções em subordinação aos objectivos do serviço e na perspectiva da prossecução do interesse público.

Também o Tribunal Supremo Espanhol (TSE) teve a oportunidade de se manifestar no seguinte sentido: *"El derecho fundamental así enunciado (de acuerdo con el tenor literal del art. 25.1 CE) incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo y comprende una doble garantía. La primeira, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad en dicho ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de preterdeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes"*.<sup>542</sup>

De facto, tanto a doutrina como a jurisprudência em termos de direito comparado são idênticas e não resta dúvida que o princípio da legalidade encontra-se encravado no processo administrativo disciplinar no seu todo, sendo que a tipicidade é uma consequência da sua salutar influência. Por essa concepção, quando se tratar de investigação, onde se apura a prática de ilícito criminal ou infração disciplinar, com a aplicação de penalidade, têm-se, como exigência do princípio da legalidade, as seguintes providências: irretroatividade da lei; proibição de criação de ilícitos administrativos e penalidades pelos costumes ou que não estejam legalmente estabelecidos em ordenamento legal; impossibilidade de se utilizar o princípio da analogia para definir infrações disciplinares ou agravar/fundamentar as penalidades e a tipicidade.

A doutrina refere sobretudo o dever de lealdade, o dever de sigilo e o dever de conduta digna, este reportado insistentemente, já desde Marcello Caetano, à abstenção da prática de

---

<sup>542</sup> STC 42/1987.

crimes<sup>543</sup>. Os casos de espécie apreciados pelos tribunais têm predominantemente incidido sobre o dever de conduta digna.<sup>544</sup>

Em Espanha, entendia-se tradicionalmente que a ética e a deontologia não impunham apenas deveres de imparcialidade, eficácia e respeito pela lei, mas também obrigações susceptíveis de abranger a vida privada do funcionário, traduzidas em exigências de observância uma conduta regular, digna e honrosa, leal e respeitosa, de acordo com a dignidade e prestígio próprios da Administração e dos seus agentes. O poder disciplinar garantia também estes valores (a dignidade, a honra, a moralidade, o prestígio, a probidade e a rectidão), que, para os funcionários, integravam verdadeiros deveres profissionais.

Presentemente, não se questiona que a AP possa velar pelo seu prestígio e boa imagem e que, em consequência, os trabalhadores devam observar uma conduta especial.

Todavia, a configuração e a exigência deste tipo de deveres gera consequências nada despidiendas: para além de uma considerável expansão dos limites do poder disciplinar, a natureza deste tipo de deveres impede o cumprimento de exigências de precisão na tipificação das infracções, o que, no controlo de condutas vagamente determinadas, confere à Administração uma margem significativa de discricionariade.

A boa fé é perspectivada no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos o vínculo jurídico de actuação conforme a lealdade e a honestidade, de resto a denominada boa fé objectiva, ora como uma crença, errónea e escusável, de uma determinada situação de boa fé subjectiva.

O dever de lealdade, no âmbito da administração, consiste num desempenho das funções com subordinação aos objectivos do serviço e na perspectiva da prossecução do interesse público. Trata-se, assim, de um dever que coloca o trabalhador obrigado a prosseguir a sua actividade para além de um estrito cumprimento, criando-lhe deveres acessórios de "*bom cumprimento*", ou cumprimento tendo em vista os objectivos concretos do serviço.

Tal violação é cometida com negligência grave, e com grave desinteresse pelo cumprimento do dever de lealdade, na medida em que configura um dever funcional tão elementar, que só com grave desinteresse pelos objectivos do serviço e do interesse público por eles prosseguido, pode ser ignorado.

<sup>543</sup> Cfr. JOÃO ALFAIA: *Conceitos fundamentais...*, cit., pág. 1095; José Cândido de Pinho: *Estatuto da Aposentação*, cit., pág. 273.

<sup>544</sup> O Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão de 14 de Janeiro de 2003, decidiu que o agente da PSP aposentado continua vinculado aos deveres inerentes à função de acordo com o cargo que desempenhava desde que não dependam da prestação efectiva de serviço, como sucede com o dever de não praticar actos previstos como crime e não pedir dádivas como resultado da sua relação com a corporação.

Os valores humanos que inspiram e subjazem aos ordenamentos jurídicos administrativistas, constituem, em muitos casos, inquestionavelmente, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do património ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Sob esse aspecto, há uma interligação entre a normatividade jurídica e o mundo normativo não-jurídico (natural, ético, moral), razão pela qual, este último, tendo servido como fonte primária do surgimento daquele, constitui também um importante instrumento para a sua compreensão e interpretação.

É por isso mesmo que o enunciado do princípio da lealdade administrativa, tem natureza essencialmente jurídica e está associado à panóplia de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa fé, bons costumes, equidade, justiça.

São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo, e consequentemente, os vícios do acto administrativo por ofensa à lealdade são derivados de causas subjectivas, relacionadas com a intimidade de quem o formula: as intenções, os interesses, a vontade.

O dever de lealdade, conceptualmente, e numa vertente administrativa é entendido como princípio da moralidade, quando a força interior e subjectiva que impulsiona o agente à prática do acto guardar adequada relação de compatibilidade com os interesses públicos a que deve visar a actividade administrativa. Se, entretanto, essa relação de compatibilidade for quebrada, por exemplo, quando o agente, ao contrário do que se deve razoavelmente esperar do bom administrador, for desonesto em suas intenções, for desleal para com a administração pública, agir de má fé para com o administrado, substituir os interesses da sociedade pelos seus interesses pessoais, estará concretizada ofensa à lealdade administrativa, causa suficiente para a nulidade do acto.

A quebra da lealdade define-se, portanto, pela divergência entre a expressão formal do acto e a sua expressão real, criada e derivada de impulsos subjectivos viciados quanto aos motivos, ou à causa ou à finalidade da actuação administrativa. É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjectiva) do agente são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação da lealdade.

Não há como deixar de associar que o padrão ético de confiança e lealdade, é indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação social, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adoptar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações

(diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas por eles.

Ora, também as relações entre administrador e administrado devem ser pautadas por padrão ético de lealdade e de confiança mútuas. A sociedade em geral e cada um dos destinatários da acção administrativa em particular, têm a justa expectativa de que o administrador público pautar a sua actuação segundo um modelo de comportamento próprio do bom administrador. Tal comportamento não é senão aquele conduzido pelas ideias que subjazem ao conceito de boa fé objectiva, a saber: *“a boa fé como regra de conduta fundada na honestidade, na rectidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”*.

Pode-se afirmar, por isso mesmo, que além do seu notável papel como parâmetro de interpretação e de compreensão do direito público, o princípio da boa fé objectiva desempenha, nesse campo, em relação aos agentes administrativos, funções semelhantes às que tem no direito privado: de criar deveres secundários de conduta<sup>545</sup> e de impor limites ao exercício dos direitos. Do agente público o que se espera, antes e no desenrolar da actuação administrativa, é um comportamento que demonstre haver assumido como motivo da sua acção a própria ideia do dever de exercer uma boa administração. A quebra dessa justa e natural expectativa da sociedade importa quebra do princípio da boa fé objectiva. Tal princípio tem, portanto, inteira aplicação às relações do direito público, sendo componente importante do princípio da lealdade.

Considerado todo o exposto, pode-se concluir em suma, que a lesão ao princípio da lealdade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma ilegalidade *lato sensu*. Trata-se, ademais, de uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício, o que é razão suficiente, segundo a CRP e CE, para ensejar a sua anulação por acção popular, independentemente da requisição, que é exigida para as demais hipóteses, a respeito da sua efectiva lesividade patrimonial.

Assim que, à luz dos novos paradigmas do Direito Administrativo, alicerçados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da ecumenicidade, entre outros, a

<sup>545</sup> Neste sentido: DIÉGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 75, referindo que os deveres inerentes à boa fé *“afectam a conduta que esteja correlacionada com a execução da obrigação principal”*.

Administração é conduzida a eleger formas mais dinâmicas e justas de solução de controvérsias.

É conhecido que num Estado Democrático de Direito constitucionalizado, é imprescindível que o relacionamento envolvendo a Administração Pública e os cidadãos seja marcado pela coerência, lealdade, boa fé e transparência nas atitudes, anteriormente e ao longo da execução do contrato, objectivando preponderantemente a realização do interesse público, que como já debatido neste trabalho, não pertence ao Estado, mas a toda a sociedade.

## **CAPÍTULO II - O DEVER DE LEALDADE NA FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE TRABALHO**

### ***1. Traços do dever de lealdade nas primeiras formas de trabalho***

Diversas doutrinas políticas e sociais foram responsáveis pela formação histórica do contrato de trabalho, tendo umas doutrinas agido isoladamente, como foi o caso da República, da Roma Antiga, e outras actuaram concomitantemente, em determinado período da história e que acabaram por aperfeiçoar as relações laborais, como foram os casos do Liberalismo e do Socialismo.

Neste sentido, antes de se relacionar o dever de lealdade perante a questão histórica do contrato de trabalho, inicia-se uma análise das relações de trabalho e o dever de lealdade desde a Pré-História, passando pelo Egipto Antigo, a Roma Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea, localizando historicamente os diferentes contratos de trabalho ou de relações de trabalho, de tal modo a relacionar as diferentes ideologias que ajudaram a moldar o que se conhece actualmente nos conteúdos contratuais laborais.

O ser humano sempre precisou trabalhar para conseguir os seus alimentos, e o trabalho era desenvolvido de maneira primitiva com toda a instrumentação rudimentar para o trabalho, com a intenção somente de satisfazer suas necessidades imediatas de sobrevivência, porém não havia a ideia da acumulação.

O trabalho, desde a Pré-História, até o período Paleolítico, até por volta de 10.000 a.C., conhecido como “*Idade da Pedra Lascada*”, consistia em caçar, pescar e lutar contra o

ambiente físico, contra os animais e contra o próprio semelhante, que não fazia parte de seu grupo e que era hostil. A organização era realizada em pequenos grupos, geralmente constituídos por familiares, a fim de se defenderem melhor do meio ambiente. Estes grupos eram nómadas, pois permaneciam em determinado local, até que os produtos do trabalho ficassem esgotados e um novo local fosse estabelecido e que possuísse os produtos essenciais de sobrevivência. Desta forma, o trabalho estava baseado em se apropriarem do meio para a sobrevivência, a partir da actuação de pequenos agrupamentos, geralmente de familiares.<sup>546</sup>

Observa-se que, no período Paleolítico, se os grupos eram formados por familiares e o trabalho estava baseado na apropriação dos produtos da caça, da pesca e do enfrentar com animais e com outros grupos rivais, esta primitiva relação de trabalho dependia da colaboração entre os seus membros, ou seja, devia haver lealdade entre os elementos do grupo para a própria sobrevivência do grupo contra o ambiente e, portanto, na Pré-História, até o período Paleolítico (até 10.000 a.C.), estava implícito o dever de lealdade entre os elementos dos grupos, uma vez que estes grupos eram formados por familiares e eram nómadas, em que havia a necessidade de colaboração colectiva, pois tinham o objectivo de se apropriar dos produtos da caça, pesca e de se defender de outros animais e de outros grupos rivais, sendo que estas actividades consistiam no trabalho desempenhado pelo grupo.<sup>547</sup>

Surge a ideia de se produzir instrumentos mais poderosos e armas para o combate com outros grupos rivais. Descobrem-se formas de polimento dos instrumentos de trabalho e combate. Este período da Pré-História é conhecido como período Neolítico, ou “*Idade da Pedra Polida*”, entre 10.000 a. C. e 3.000 a. C.<sup>548</sup>

Os agrupamentos transformaram-se em aldeias, que geralmente se localizavam à beira dos rios, a fim de aproveitar a fertilidade do solo e o abastecimento da aldeia e dos animais. O homem começa a dominar a agricultura, com o plantio de sementes. A partir da acumulação dos produtos da caça, da pesca e do enfrentar animais e grupos ou aldeias rivais, inicia-se uma nova actividade laboral para o homem, na Pré-História: a domesticação de animais, tais como: o cão, a cabra, o boi e o cavalo.<sup>549</sup>

Desta forma, surge a primeira divisão do trabalho por sexo e por idade. A divisão do trabalho por sexo compreendia as actividades divididas entre homens e mulheres, de tal modo

<sup>546</sup> CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 12-14.

<sup>547</sup> CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 14-17.

<sup>548</sup> BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, págs. 23-25.

<sup>549</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 8-11.



que os homens eram responsáveis pela caça, pesca, domesticação de animais, segurança da aldeia, pelo enfrentar os animais e contra outras aldeias rivais; e as mulheres tinham a incumbência de realizar o plantio, a colheita e proteger e cuidar dos filhos. As aldeias adoptam, então, o sistema de cooperativas do trabalho. A divisão do trabalho por idade impunha a soberania dos mais velhos aos mais jovens, de tal modo que os mais velhos comandavam os mais jovens na distribuição das tarefas. Surgia, então, a figura do patriarca, que detinha o comando familiar; guerreiros, curandeiros e sacerdotes que detinham as maiores autoridades sobre os demais membros da aldeia.<sup>550</sup>

Nota-se que, na Pré-História, no período Neolítico, com o crescimento populacional, os agrupamentos deram lugar às aldeias, que, para manter a sua sobrevivência, foi necessário organizar o trabalho por sexo e por idade. A divisão do trabalho por sexo compreendia a divisão de tarefas, surgindo, assim, o sistema de cooperativas, em que o homem cabia caçar, pescar, domesticar os animais e defender a aldeia contra animais e grupos rivais; e as mulheres tinham o dever de plantar, colher e proteger e cuidar dos filhos. Por outro lado, a divisão do trabalho por idade determinava a obediência dos mais jovens aos mais velhos, além do respeito ao patriarca, chefe da família, e aos guerreiros, curandeiros e sacerdotes as maiores autoridades sobre os demais membros da aldeia.<sup>551</sup>

Assim, aquele espírito de colaboração que existia nos agrupamentos nómadas, do período Paleolítico, no período Neolítico é reforçado com a divisão do trabalho entre os sexos e por idade, de tal modo que era necessário todos serem leais aos mais velhos para com os deveres atribuídos, para a própria sobrevivência da aldeia e, portanto, na Pré-História, no período Neolítico (até 3.000 a. C.), com a divisão das tarefas entre homens e mulheres e o comando dos mais velhos sobre os mais jovens, impunha-se o dever de lealdade entre homens e mulheres, dos mais jovens aos mais velhos e de toda a aldeia em relação aos guerreiros, curandeiros e sacerdotes para o desempenho das atribuições, a fim de manterem as condições essenciais para a sobrevivência e continuidade da aldeia.<sup>552</sup>

No período de transição entre a Pré-História e a História está compreendido entre os anos de 5.000 a. C. e 1.000 a. C. e compreende ao aparecimento da escrita, ou seja, a partir da escrita, nasce a História propriamente dita.<sup>553</sup>

<sup>550</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 15-18.

<sup>551</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 8-11.

<sup>552</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 15-19.

<sup>553</sup> BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, págs. 18-19.

Porém, este período de transição é marcado pela Idade dos Metais, com a utilização de metais na fabricação de utensílios, armas e instrumentos de trabalho. Inicia-se, então, a Idade dos Metais, entre os anos de 5.000 a. C. e 3.000 a. C., dependendo do local em que começou a trabalhar com metais e finda por volta de 1.000 a. C., dependendo do local, onde se iniciou a escrita.

Esta fase de transição marca o surgimento de civilizações importantes, como a civilização egípcia e a mesopotâmica, em lugar daquelas aldeias do período Neolítico. É uma fase que não acontece simultaneamente em todo o mundo, pois depende do desenvolvimento do conhecimento humano, em relação à transformação do minério de cobre e, depois, o de ferro para a produção de utensílios, armas e instrumentos de trabalho e do conhecimento da escrita.<sup>554</sup>

Desta forma, cada civilização detinha para si estes conhecimentos, o que acabava por determinar a soberania de certas civilizações sobre outras, não só por meio do conhecimento, mas também pelo domínio ocasionado pelas guerras e pela escravidão, como aconteceu com os hebreus frente aos egípcios. Ainda mais, havia a obrigação do pagamento de pesados impostos aos dominados.<sup>555</sup>

Observa-se que, na Idade dos Metais, devido à heterogeneidade do conhecimento humano na fabricação de instrumentos de trabalho e armas mais resistentes, ocorreu a dominação de determinados povos, que não detinham estes conhecimentos, em relação aos que possuíam os segredos da manipulação de metais, tornando os primeiros, escravos, e obrigados ao trabalho. Portanto, entre a Pré-História e a História, que corresponde à Idade dos Metais, entre 5.000 a. C. e 1.000 a. C., o trabalho escravo impunha o dever de lealdade dos povos dominados aos povos dominantes.<sup>556</sup>

A escravidão foi o legado deixado pelas civilizações pré-históricas, que conseguiram, num primeiro momento, expandir-se pelo conhecimento das técnicas de fundição e forjamento de metais para a fabricação não só de instrumentos de trabalho, mas também de armamento para o combate contra povos rivais. Num segundo momento, com a descoberta dos segredos da metalurgia, pelo aparecimento da escrita e por outros factores, que fogem a este estudo, determinados povos submetidos à escravidão puderam tornar-se livres, porém outros não.<sup>557</sup>

<sup>554</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 17-19.

<sup>555</sup> BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, págs. 23-26.

<sup>556</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 23-29 e BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, págs. 20-28.

<sup>557</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 16-20.

A economia romana baseava-se no latifúndio agrícola e a relação laboral era estabelecida entre o *dominus* (sujeito pertencente do direito) e a *res* (coisa). A relação jurídica estava relacionada ao direito real, e não pessoal. Nesta relação, o escravo pertencia ao proprietário, como se fosse uma mercadoria (*res – coisa*), sem qualquer direito, inclusive laboral e sem poder adquirir os bens do seu trabalho.<sup>558</sup>

O facto dos escravos serem desprovidos de bens e de direitos comprometia o dever de lealdade que eram obrigados a exercerem perante os seus proprietários, mesmo que isso custasse a própria vida, pois não valia a pena viver tanto tempo em condições humilhantes, desumanas e cruéis. Por isso, alguns proprietários começaram a conceder liberdade para os escravos mais antigos e doentes, não somente pelo motivo de incapacidade para o trabalho, mas também pelo custo de manutenção destes escravos.<sup>559</sup>

Na antiguidade o trabalho tinha como características mais relevantes:

- . ausência de normas específicas;
- . escasso prestígio social do trabalho manual, quase sempre menosprezado;
- . predominava o regime de escravatura.

Na Roma Antiga, atribuiu-se o trabalho livre a ideia de “*locar energia*”, ou seja, alugar a sua força de trabalho, da mesma forma como se aluga algo, uma coisa, ou mesmo se realiza o arrendamento<sup>560</sup>. A ideia de locação era imperativa, pois não havia mais a intenção de eternizar a relação laboral, como acontecia com o trabalho escravo. O trabalho livre era temporário e com pagamento certo. Para isso, precisava ser estabelecido um “*Contrato de Locação*”, ou um “*Locatio Conductio*”.<sup>561</sup>

O *Locatio Conductio* era estabelecido a partir da relação remunerada entre o “*Locator*” e o “*Conductor*”. O *Locatio Conductio* era um contrato escrito, consensual, bilateral e devia ser regido pela boa fé, de tal modo que uma pessoa se obrigava a ceder a outra a utilização da coisa, ou se submetia a realizar uma obra ou a prestar serviços mediante pagamento. Havia tres modalidades de *Locatio Conductio*: *Rei*, *Operarum* e *Operis Faciendi*. O *Locatio Conductio Rei* destinava-se ao arrendamento de coisas; o *Locatio Conductio Operis*

<sup>558</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 15-16.

<sup>559</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 8-9.

<sup>560</sup> Arrendamento é um contrato de cessão de um elemento de produção, pelo qual seu proprietário o entrega a outrem para ser explorado, mediante determinado pagamento. Ver: LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, pág. 19.

<sup>561</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 19-21.

*Faciendi* destinava-se ao arrendamento de obras; e o *Locatio Conductio Operarum* servia para arrendar serviços.<sup>562</sup>

No *Locatio Conductio Rei*, aluguer ou arrendamento de coisas não consumíveis, mas que podiam ser coisas móveis ou imóveis, o *locator* era o senhorio, ou seja, o *locator* cedia a coisa e recebia o pagamento do *conductor*; o *conductor* era o arrendatário, ou seja, era o que recebia a coisa e pagava o preço ao *locator*. No *Locatio Conductio Operis Faciendi*, ou locação de obra ou empreitada, o *locator* entregava a coisa ou os materiais e pagava o preço acertado ao *conductor*, que trabalhava a coisa ou os materiais, a fim de realizar uma obra para o *locator*, e recebia o pagamento. No *Locatio Conductio Operarum*, locação da força de trabalho, o *locator* era o trabalhador que destinava os seus serviços ao *conductor* e recebia o salário. O *Locatio Conductio Operarum* destinava-se aos serviços manuais dos homens livres, ou seja, correspondia ao que actualmente se conhece como Contrato de Trabalho.<sup>563</sup>

Em cada modalidade de *Locatio Conductio*, existiam obrigações tanto do *locator* quanto do *conductor*. No *Locatio Conductio Rei*, o *locator* devia colocar a coisa à disposição do *conductor* e devia permitir seu uso e desfrute; caso isso não fosse realizado pelo *locator*, então, este devia pagar uma indemnização pelos danos e prejuízos resultantes.

Observa-se que, na Roma Antiga, o trabalho livre permitiu o aparecimento de novas relações laborais, bem distintas do período de escravatura, a partir da ideia de locar a força de trabalho. Com isso, foi instituído o “*Locatio Conductio*”, o contrato de locação, de tal modo a locar a coisa, *Locatio Conductio Rei*, a obra, *Locatio Conductio Operis Faciendi*, e a força de trabalho, *Locatio Conductio Operarum*, sendo que este último se destinava ao trabalho manual e que foi o precursor do que se conhece actualmente de contrato de trabalho. Nas três modalidades de *Locatio Conductio*, tanto o *locator* como o *conductor* deviam agir de boa fé e estabeleciam uma relação de direitos e obrigações, que determinavam a confiança e o êxito na relação. Portanto, na Roma Antiga, com a instituição do trabalho livre e que ajudou a extinguir o trabalho escravo, foi estabelecida a ideia de locar a força de trabalho e, com isso, uma nova relação laboral foi estabelecida entre *locator* e *conductor*. Cada parte possuía direitos e obrigações, inclusive estava implícito o dever de lealdade, uma vez que devia haver confiança mútua na relação, de tal modo que podiam firmar três diferentes modalidades de

<sup>562</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 21-22.

<sup>563</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 22-24.

contratos de locação, ou *Locatio Conductio*, ou seja, *Rei, Operis Faciendi e Operarum*, sendo que este último foi o precursor do contrato de trabalho.<sup>564</sup>

Após a decadência da escravatura, a sociedade feudal recorreu-se do trabalho no regime de servidão dos servos à glebe, sendo que, e tanto quanto parece resultar uma especificidade do regime, poder-se-á afirmar que perante esta servidão existiria um complexo nó de relações entre o servo e o senhor, em virtude do qual o primeiro devia ao segundo fidelidade e trabalho, em troca de protecção e usufruto da terra; deste modo, e auferindo o servo de um *status* pessoal, encontra-se também obrigado a trabalhar no cultivo da terra e ao serviço do senhor. Ou seja, este tipo de vontade que é negada, precisamente de dispor da sua actividade.<sup>565</sup>

A relação de servidão ocorria no feudo, e além disso, a relação de trabalho entre servos e senhor feudal estava baseada nas seguintes características: prática da corvéia, ou seja, os servos deviam até 3 dias por semana de trabalho compulsório ao senhor feudal; o servo devia pagar a talha ao senhor feudal, ou seja, a talha representava o arrendamento do manso servil pago pelo servo ao senhor feudal, baseado no *Locatio Conductio Rei*, praticado na Roma Antiga; o servo devia pagar pelas banalidades, ou seja, pelo uso dos instrumentos de trabalho, pertencentes ao senhor feudal, o que caracterizava a mesma relação já descrita na Roma Antiga, referente ao *Locatio Conductio Operis Faciendi*. Desta forma, na Idade Média, há uma regressão nas relações laborais, em relação à Idade antiga, devido à extinção do *Locatio Conductio Operarum*, ou seja, não havia qualquer remuneração do senhor feudal ao servo, uma vez que cabia ao senhor feudal a protecção ao servo, devido ao enfrentamento contra os bárbaros, o que, geralmente, esta defesa era quase ineficaz.<sup>566</sup>

Quando o senhor vendia a terra, o servo também trocava de senhor feudal. Os filhos dos servos eram também servos e o juramento de lealdade era transmitido de geração após geração. Havia, assim, muita semelhança entre a relação de servidão, da Idade Média, e a relação escrava, da Roma Antiga.<sup>567</sup>

Na Idade Média, no início as oportunidades são as mesmas para todos, e o aprendiz só não se torna mestre por falta de jeito ou indolência.

<sup>564</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 23-26; CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 27-30 e LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 21-24.

<sup>565</sup> ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 5ª Ed., 1994, pág. 175.

<sup>566</sup> BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, págs. 34-36.

<sup>567</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 40-42.

O aprendiz liga-se a seu mestre por um contrato de aprendizagem - sempre esse laço pessoal, caro à Idade Média, comportando obrigações a ambas as partes: para o mestre, a de formar seu aluno no ofício, e seu sustento durante esse tempo; para o aprendiz, obediência a seu mestre e dedicação ao trabalho.

Transpôs-se assim ao artesanato a dupla noção de “*fidelidade-protecção*”<sup>568</sup>, que une o senhor ao seu vassalo.

O mestre tem para com ele os deveres e obrigações de um pai, e entre outras coisas, deve velar por sua conduta moral. O aprendiz deve-lhe respeito e obediência, apesar de conservar uma certa independência. No caso de ele abandonar a casa de seu mestre, este deve esperar um ano antes de tomar outro, e durante esse período é obrigado a recebê-lo, se voltar. Todas as garantias do lado mais fraco, e não do mais forte.

Até meados da Idade Média, antes do século XIII, havia o dever de lealdade do servo para o senhor feudal, na relação de servidão, de tal modo que não havia o *Locatio Conductio Operarum*, ou seja, não havia pagamento ao servo pelo trabalho destinado ao senhor feudal, mas ocorriam o *Locatio Conductio Rei*, o pagamento pelo estabelecimento do servo nas terras do senhor feudal, e a *Locatio Conductio Operis Faciendi*, que consistia no pagamento do servo ao senhor feudal pelo uso dos instrumentos de trabalho. Além disso, o dever de lealdade do servo era reforçado por manter uma relação de quase escravidão no feudo, uma vez que sua força de trabalho também podia ser usada nas guerras, em que o senhor feudal exigia a sua participação e sem qualquer remuneração, como já ocorria nas actividades no feudo.<sup>569</sup>

Observa-se que no final da Idade Média, o trabalho no feudo passou a ser remunerado, o que ajudou a extinguir a relação de servidão, de tal modo que o servo somente se interessava em permanecer no feudo, se havia remuneração e melhores condições de trabalho e sobrevivência oferecidas pelo senhor feudal.<sup>570</sup>

A característica básica do feudalismo foi a persistência de formas de coerção directa muito variáveis, traduzidas pelo trabalho compulsório, sob relações de dominação e de servidão, que se concretizavam primordialmente no campo, onde o produtor directo não era proprietário da terra e trabalhava para o senhor sob forma de dependência social e jurídica,

<sup>568</sup> PERNOUD, RÉGINE: *Lumière du Moyen Age*, Bernard Grasset Editeur, Paris, 1944. (pesquisa efectuada na Biblioteca Municipal de Portimão, 30 de Novembro de 2012).

<sup>569</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 27-31, e LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 24-25.

<sup>570</sup> BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, pág. 27, e MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 28-30.

legitimada pelo poder político. Os servos, além da força de trabalho, deviam lealdade e respeito ao senhor da terra, fazendo parte, de certa maneira, dos seus domínios. Porém, se não fosse a influência germânica, o feudalismo nunca teria adquirido o carácter peculiar que veio a possuir no fim da Idade Média, pois foram os germânicos que forneceram os ideais de honra, de lealdade e de liberdade que passaram a ocupar no sistema um lugar de considerável importância na instituição germânica do *comitatus* como uma fonte da teoria e da prática feudal. O *comitatus* era um grupo formado pelos guerreiros e pelo seu chefe, com obrigações mútuas de serviço e de lealdade. Embora os guerreiros prestassem um juramento pessoal de proteger e defender seu chefe e este, em retribuição, se comprometesse fornecer-lhes cavalos e armas, a relação entre as duas partes era totalmente diversa da que existira entre os clientes romanos e os seus protectores. Não se discernia, absolutamente, qualquer elemento de servilismo; os guerreiros eram praticamente iguais aos seus chefes, pois que todos se empenhavam nas mesmas actividades bélicas, cujo alvo eram a glória e a pilhagem. Esse ideal duma relação de honra e de lealdade, existente no *comitatus*, mais tarde, fixou-se no feudalismo com respeito às relações entre senhores e vassalos.

Portanto, no final da Idade Média, a partir do século XIII, com a intensificação das lutas contra os muçulmanos, a peste negra e as Cruzadas fizeram com que ocorresse a escassez de servos sem remuneração para os trabalhos no feudo, de tal modo que o dever de lealdade do servo não resultava necessariamente na melhoria da produção. Assim, com a introdução da remuneração para os servos e camponeses, o dever de lealdade nas relações laborais ficou condicionado à remuneração, às condições de trabalho e de vida que o senhor feudal podia oferecer.<sup>571</sup>

## ***2. A lealdade e respectivas formas de trabalho de transição para a Idade Moderna***

A partir do fortalecimento da resistência frente aos muçulmanos, desde o século X, a Europa iniciou um processo de crescimento populacional, e surgiram as corporações de ofício surgiram do êxodo rural dos camponeses para as cidades e possibilitaram a actividade comercial na Idade Média. O progresso das cidades e o uso da moeda puderam dar aos

---

<sup>571</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, pág. 32-33; BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, pág. 27; MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 28-30.

camponeses uma oportunidade de abandonarem a agricultura e viverem de um ofício, constituindo-se em artesãos e aprendizes – os trabalhadores.<sup>572</sup>

Observa-se que, a partir do século X, com o aumento da resistência europeia frente à invasão bárbara, a população europeia cresceu, conjuntamente, com a melhoria das técnicas agrícolas. Com isso, iniciou-se o processo de urbanização, a partir do surgimento das cidades, que, por sua vez, havia começado pelo gradativo comércio, proveniente do excedente agrícola, até então apenas de subsistência, praticado por meio de feiras, nas pequenas vilas, que ao se expandirem, transformaram-se em cidades.<sup>573</sup>

As corporações de ofício cresceram e acabaram estabelecendo normas de conduta aos seus subordinados, normas de produção e de circulação de mercadoria, consistindo no segundo caso da história do trabalho<sup>574</sup>, em que se estabeleceram acordos entre mestres, artesãos e aprendizes, por meio de contratos de adesão, ou seja, eram preestabelecidos acordos sem qualquer tipo de negociação entre mestres, artesãos e aprendizes, de tal modo que os aprendizes trabalhavam para os mestres, aprendendo um ofício, e os mestres comprometiam-se a ensinar o ofício. Os acordos entre mestres e artesãos estabeleciam as condições de trabalho e não se previa qualquer ajuda em caso de doença por parte dos mestres.<sup>575</sup>

Entre os mestres proprietários de oficinas e os oficiais carentes de meios de produção, deu-se uma relação intercambiaria de serviços por salário, semelhante ao *locatio conductio operarum* e ao actual contrato de trabalho.

Inclusive existia uma regulamentação específica da prestação de serviços neste tipo de relações, também e aqui semelhantes às actuais normas de trabalho, em que existiam salários, tempo de trabalho, duração dos contratos, etc., através de decretos emanados da corporação, ainda que tivessem a necessidade de aprovação das autoridades<sup>576</sup>, e tentativas de organização colectiva dos oficiais “*compagnonnages*”, com o fim de fazer face conjuntamente da sua situação sobretudo quando as corporações assumiram um carácter monopolista e representativo dos interesses dos mestres proprietários de oficinas, nos séculos XIV a XVIII.

<sup>572</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 36-38.

<sup>573</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 47-49.

<sup>574</sup> O primeiro acordo de trabalho foi o *Locatio Conductio*, na Roma Antiga.

<sup>575</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 34-42.

<sup>576</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *La formación del Derecho del Trabajo en España.*, en AA. VV., *La Legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pág. XXII.



Contudo, estas semelhanças não permitem sustentar a existência de um Direito do Trabalho, mas está patente nesta forma de trabalho um carácter determinante para a preponderância dos trabalhos na agricultura que foram mantidos durante a servidão.

Em suma, as corporações de ofício estabeleceram acordos sem quaisquer tipos de negociação, os contratos de adesão, entre aprendizes e artesãos frente aos mestres, de tal modo que exigiram dos artesãos o dever de lealdade frente aos mestres, em relação à produção, circulação e comercialização de mercadorias e obrigaram a agirem de maneira a boicotarem as imposições oferecidas pelos senhores feudais, no trânsito das mercadorias e no uso de moedas, pesos e medidas adoptados pelo Feudalismo. Por outro lado, havia o dever mútuo de lealdade entre mestres e aprendizes, uma vez que os aprendizes se comprometiam a trabalharem para os mestres, que, em troca, deviam ensinar o ofício aos aprendizes.<sup>577</sup>

### ***3. A lealdade no trabalho sindical e corporativo***

Na tentativa de solucionar todos os problemas relativos à produção de mercadorias e ao comércio, a burguesia, que detinha o controlo das corporações de ofício, procurou um aliado que, por mais contraditório que parecia, era o mais alto dos nobres, apesar de ter se tornado o menos importante, durante o Feudalismo, devido à descentralização do poder: o Rei. Seu poder havia sido diminuído por uma série de acordos político-militares firmados com a nobreza, ou seja, as denominadas relações de suserania e vassalagem ou relações feudo-vassálicas, desde a divisão do Império de Carlos Magno, em 843 d.C.<sup>578</sup>

Nota-se que a burguesia encontrou um meio de enfrentar as barreiras impostas pelos senhores feudais ao funcionamento das corporações de ofício, por meio da união com o rei, que ainda ajudou a legalizar o trabalho dentro das corporações de ofício, impondo aos seus membros condições desumanas de trabalho, mesmo que estes recebiam remuneração e ajuda, nos casos de doenças. Portanto, na transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, com a união entre burguesia e rei, foram estabelecidas leis mais duras de trabalho nas corporações de ofício, de tal modo que, de um lado, combateram-se as barreiras impostas pelos senhores feudais às actividades das corporações de ofício e, por outro lado, os aprendizes e companheiros, os trabalhadores, deviam lealdade aos mestres, tanto na execução dos trabalhos

<sup>577</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 34-42; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 50-52; ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 47-49.

<sup>578</sup> ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010, págs. 38-39.

quanto na disciplina, em troca de alguma remuneração e ajuda dos mestres, nos casos de doenças.<sup>579</sup>

Uma importante consequência da união burguesia, nobreza e rei, durante a transição da Idade Média e a Idade Moderna, foi a formação dos reinos de Portugal e Espanha, como também de outros reinos europeus.<sup>580</sup>

No século XIV, a Europa Ocidental sofreu uma grave crise generalizada, que trouxe fome, epidemias, revoltas e guerras, no campo e nas cidades, abalando profundamente tanto o sistema feudal como a actividade económica nas cidades.

Os Estados nacionais, formados a partir de fins do século XIV, em Portugal, e durante o século XV na França, Espanha e Inglaterra, adoptaram o Absolutismo monárquico, sistema político, em que o rei possuía o poder total, cabendo-lhe o direito de impor leis e obediência aos súbditos. Mesmo nas regiões que permaneceram divididas em pequenos reinos e cidades, como aconteceram na Itália e na Alemanha, ocorreu o fortalecimento do poder político dos governantes locais.<sup>581</sup>

Na Idade Moderna, entre os séculos XV e XVIII, as actividades económicas podiam envolver o plantio, colheita, consumo e acumulação do excedente agrícola, destinado para o comércio; a acumulação de riquezas, a partir da exploração de ouro e prata, que serviam também para a fabricação de moedas, entre outra, e havia a relação monopolista entre Metrópole (Estados) e Colónia (regiões dominadas), de tal modo que se estabelecia um comércio exclusivo, monopolista, entre a Metrópole e as colónias e, caso os produtos não vinham destas regiões dominadas, os Estados praticavam uma política de taxar demasiadamente estes produtos, adoptando, assim, medidas proteccionistas. A toda este conjunto de actividades económicas, deu-se o nome de Mercantilismo.<sup>582</sup>

A crescente procura de mercadorias geradas pelo Mercantilismo também estimulou a produção doméstica e a criação de oficinas de manufacturas, que acabaram por provocar a decadência das corporações de ofício, pois estas corporações possuíam péssimas condições de trabalho e baixa produtividade.<sup>583</sup>

<sup>579</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 39-40 e 49-51; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 56-61.

<sup>580</sup> POMARES, FRANCISCO, y PINELLI, BARTOLOMEO: *Los reinos de España y Portugal - li regni di Spagna e di Portogallo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2008, págs. 12-13.

<sup>581</sup> CORTÉS, FERNANDO: *Breve historia de Portugal*, Junta de Extremadura, Mérida, 2006, págs. 24-26.

<sup>582</sup> CORTÉS, FERNANDO: *Breve historia de Portugal*, Junta de Extremadura, Mérida, 2006, págs. 31-33.

<sup>583</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 44-48.

A produção doméstica era exercida no campo e, principalmente, na entressafra, uma vez que, nas cidades, as corporações de ofício monopolizavam a produção e a comercialização. Desta forma, a actuação dos mercadores-fabricantes foi fundamental na produção doméstica rural para a fabricação têxtil, com a utilização de lã e couro. O mercador-fabricante fornecia na casa do camponês a matéria-prima e os instrumentos de trabalho, recebendo a mercadoria pronta, em troca do pagamento de um salário para a família camponesa. Esta relação de trabalho era estabelecida por meio contratual de trabalho, baseada na *Locatio Conductio Operis Faciendi*, da Roma Antiga.<sup>584</sup>

A partir do desenvolvimento tecnológico, determinados trabalhadores possuíam os conhecimentos para certas tarefas, que ainda não eram de conhecimento generalizado, de tal modo que se incrementou a divisão do trabalho.<sup>585</sup>

A divisão do trabalho consiste na diversificação de tarefas, com o propósito de melhorar o fabrico de um produto ou na elaboração de um serviço. Para viabilizar isto, os trabalhadores deviam actuar em cooperação, determinando a função específica de cada um, a fim de se atingir a máxima eficiência produtiva. A primeira divisão de trabalho ocorreu na Pré-História, no período Neolítico, entre homens e mulheres, que possuíam funções distintas.<sup>586</sup>

Portanto, na Idade Moderna com a prática do Mercantilismo, o comércio cresceu, obrigando os mercadores-fabricantes a adoptarem técnicas mais avançadas de produção, resultando numa diversificação do trabalho, a partir da heterogeneidade de capacidades e funções laborais, incrementando, assim a divisão de trabalho que impunha a cooperação mútua entre os trabalhadores e, consequentemente, o dever de lealdade entre os trabalhadores, a fim de cumprirem com os objectivos de produção.<sup>587</sup>

A partir da consolidação das oficinas de manufacturas, quando havia insuficiência de mão-de-obra, recorria-se à medidas extremas, tais como o recrutamento forçado, ou seja, forçava-se a população ao trabalho regular e sistemático, de tal modo que, quem se recusava, sofria punições, multas, castigos e até prisões, de acordo com a própria legislação. Este tipo de submissão só foi possível, a partir da influência da classe burguesa dos mercadores-

<sup>584</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 31-32.

<sup>585</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, pág. 24.

<sup>586</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, pág. 25.

<sup>587</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 66-68, 73-74 e 82-84; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 24, 25, 82, 83 e 99; POMARES, FRANCISCO, y PINELLI, BARTOLOMEO: *Los reinos de España y Portugal - li regni di Spagna e di Portogallo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2008, págs. 51-52.

fabricantes, que acumulou grande riqueza e até influenciou a realeza em rever leis que obrigavam a população ao trabalho compulsório. O pagamento de salários, a disciplina e a técnica foram tornando-se comuns e totalmente controlados pelos mercadores-fabricantes, caracterizando, assim, a fase da manufatura, nos séculos XVI, XVII e XVIII, antecedendo o surgimento da indústria mecanizada e de Capitalismo.<sup>588</sup>

Verifica-se que, mesmo havendo uma evolução das relações de trabalho, no Mercantilismo, tais como a produção doméstica, as oficinas de manufacturas e a divisão do trabalho, não havia um mercado de trabalho, em que o preço da força de trabalho era normalmente determinado e nem existia uma classe trabalhadora numerosa e com a possibilidade de acumulação de capital. Um caso particular foi a classe dos funcionários administrativos, que trabalhava para o Estado, recolhendo impostos e controlando os contratos de exploração e arrendamento de terrenos, o que já caracterizava a necessidade de ser uma classe de trabalhadores organizada, desempenhando um serviço de maneira totalmente confiável para o Estado monárquico. A partir da consolidação dos serviços nas oficinas de manufacturas, a insuficiência de mão-de-obra era sanada, por meio do trabalho forçado, que, se não fosse atendido, resultava em punições e até em prisões, forçando o trabalhador a cumprir com lealdade as exigências dos mercadores-fabricantes, que controlavam os pagamentos de salários e os meios de produção, característicos da fase da manufatura, nos séculos XVI, XVII e XVIII, antecedendo o surgimento do Capitalismo.<sup>589</sup>

Portanto, durante a Idade Moderna, havia o dever de lealdade dos trabalhadores administrativos frente ao Estado monárquico, com vistas à recolha de impostos e ao controlo da exploração e arrendamento dos terrenos do Estado. Além disso, com a consolidação das oficinas de manufacturas, exigia-se o dever de lealdade dos trabalhadores aos mercadores-fabricantes, a fim de ficarem à disposição para o trabalho, sob pena de serem punidos e até presos, caso não fossem leais e atendessem ao chamamento para o trabalho.<sup>590</sup>

Na Idade Moderna, os Estados Ibéricos adoptaram o sistema de monopólio nas suas colónias, o que resultou na exclusividade do comércio entre Metrópole (Estados Ibéricos) e

<sup>588</sup> CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 60-69.

<sup>589</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 94-95; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 121-122; CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 40-41 e 60-69.

<sup>590</sup> MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 94-95; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 121-122; CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 40-41 e 60-69.

Colónia (América) e o trabalho escravo de negros e índios, impondo-lhes, assim, o dever de lealdade das Colónias ao sistema de Monopólio Comercial e o dever de lealdade dos escravos negros e índios aos Estados Ibéricos, em relação à exploração de ouro e prata, na América.<sup>591</sup>

#### ***4. O dever de lealdade e as doutrinas que influenciaram as relações laborais***

Das doutrinas sociais que a influenciaram a Revolução Industrial, o Liberalismo apareceu como uma das principais doutrinas dos séculos XVIII e XIX, tratando de enfocar questões económicas e sociais. O Liberalismo opôs-se a toda forma de organização laboral, devido à ameaça que pudesse ocorrer quanto à estabilidade social e à ordem do Capitalismo. O Liberalismo pregava a liberdade nas relações de trabalho, por meio da Contratação Livre da Prestação de Trabalho, de tal modo que era possível estabelecer quaisquer condições e modalidades de contrato, a partir da “*livre vontade*” entre as partes, trabalhadores e empresários. Esta liberdade nada mais era do que a imposição de condições desfavoráveis e até desumanas aos trabalhadores, uma vez que a mão-de-obra era abundante na Inglaterra, nos séculos XVIII e XIX.<sup>592</sup>

Nesta época, a lealdade só se destinava a obrigar o trabalhador a estas terríveis condições laborais. O dever de lealdade prestava-se a condicionar os trabalhadores às duras condições laborais, sem questionarem ou reivindicarem outras condições que pudessem, ao menos, minimizar esta situação.<sup>593</sup>

O Socialismo surgiu para se contrapor ao pensamento liberal, inclusive nas relações laborais. O foco do pensamento Socialista estava relacionado à subordinação dos interesses individuais ao interesse da colectividade, de tal modo a atingir uma solidariedade mais abrangente entre as pessoas. Enquanto que no Liberalismo o dever de lealdade devia obrigatoriamente existir somente da parte dos trabalhadores frente aos empresários, o

---

<sup>591</sup> POMARES, FRANCISCO, y PINELLI, BARTOLOMEO: *Los reinos de España y Portugal - li regni di Spagna e di Portogallo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2008, págs. 41-42; MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 94-95; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 121-122; CARIA, TELMO, e GONÇALVES CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009, págs. 40-41 e 60-69.

<sup>592</sup> EWIJK, HANS VAN: *European Social Policy and Social Work - Citizenship-Based Social Work*. Taylor & Francis, London, 2009, págs. 10-11.

<sup>593</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 40-41.

Socialismo rompeu com este dever e passou a adoptar uma linha mais independente para os trabalhadores.<sup>594</sup>

O Socialismo possuía algumas correntes ideológicas e doutrinárias, que foram capazes de influenciar as relações de trabalho. De todas as correntes doutrinárias Socialistas, o Anarquismo e o Igualitarismo foram as únicas correntes que não romperam com todos os ideais do Liberalismo, sendo assim uma junção dos pensamentos Liberais e Socialistas.<sup>595</sup> Como os ideais dos anarquistas negavam a autoridade, por conseguinte, negava-se a obediência e, portanto, como em todo o ideal Socialista, o Anarquismo não permitia exercer o dever de lealdade de maneira ampla, nem mesmo entre os trabalhadores, uma vez que, defendia-se a liberdade completa sem vínculo de subordinação ou constituição de classe.<sup>596</sup>

Observa-se que no pensamento de Saint-Simon, mesmo não defendendo a luta armada, não existia condições de se estabelecer qualquer vínculo de lealdade nas relações de trabalho, a menos que estas relações de lealdade fossem exercidas somente entre os trabalhadores, mas não entre trabalhadores e empresários. A indústria, de que tanto o Igualitarismo baseava-se em organizar a sociedade, somente teria legitimidade na sua funcionalidade se houvesse o comando e a subordinação exercidos pelos trabalhadores e, portanto, no Igualitarismo só existia dever de lealdade entre os trabalhadores, uma vez que não se admitia outra classe social e só se legitimava a obtenção de bens, inclusive a propriedade, pelo ganho proveniente do trabalho.<sup>597</sup>

Como já foi mencionado, no Socialismo apenas existia lealdade entre os trabalhadores e, no Comunismo, o dever de lealdade tornava-se ainda mais crítico, devido ao pensamento revolucionário de tomada do poder. Assim, muito mais do que o Igualitarismo, o Comunismo exigia uma lealdade extrema dos seus adeptos, já que sua atitude se baseava na violência, o que se torna possível afirmar que a deslealdade era paga com a vida e, portanto, o dever de lealdade transcendia as relações laborais para os Comunistas, pois envolvia também questões políticas, económicas e sociais, tudo baseado no pensamento revolucionário da tomada de

<sup>594</sup> CONAGLEN, MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011, págs. 40-41 e LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 89-91.

<sup>595</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 106-109.

<sup>596</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 110-111, e FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 60-63.

<sup>597</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 106-101, e 114-119; FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 60-63.

poder pelos trabalhadores, por meios violentos, se fosse necessário, de tal modo que a deslealdade era punida até com a perda da vida.<sup>598</sup>

Nota-se que o Sindicalismo Revolucionário não possuía a mínima condição de possibilitar qualquer dever de lealdade com a classe empresarial e o Estado para o cumprimento de leis ou acordos, uma vez que a base do pensamento revolucionário era a luta de classes e a extinção do Capitalismo. Como acontecia com todo o Socialismo, o Sindicalismo Revolucionário apenas permitia que se praticasse a lealdade entre os trabalhadores. Portanto, o Sindicalismo Revolucionário não admitia o dever de lealdade entre trabalhadores e empresários e o Estado, mas apenas entre os trabalhadores, a fim de poderem deflagrar a greve, protestando, boicotando e até sabotando os meios de produção, com o objectivo maior de extinguir o Capitalismo e implantar o Estado Socialista.<sup>599</sup>

O Socialismo foi uma resposta dos trabalhadores ao Liberalismo, que impunha aos trabalhadores péssimas e desumanas condições de trabalho. Se no Liberalismo devia haver dever de lealdade apenas no sentido dos trabalhadores para o empresário, no Socialismo esta relação foi rompida e apenas servia para ser aplicada entre os trabalhadores. Desta maneira, viveu-se uma situação, que começou no século XIX e adentro ao século XX, que não possibilitava uma relação harmoniosa entre patrões e empregados e, assim, não se podia falar em dever de lealdade nestas condições.<sup>600</sup>

O Estado assumiu o poder de organização da sociedade, de tal modo a permitir a propriedade colectiva dos meios de produção, incluindo as relações de trabalho.<sup>601</sup>

Desta maneira, o Estado passou a intervir nas relações de trabalho, de tal modo a equilibrar os anseios dos trabalhadores às possibilidades do empresariado. Por se tornar um mediador nas relações laborais, o Estado tornou-se o criador de uma legislação voltada a proteger determinadas categorias de trabalhadores, contribuindo para diminuir as tensões historicamente existentes entre trabalhadores e empresários.<sup>602</sup>

Este papel de interventor tornou o Estado apto a exercer certos deveres perante a sociedade, inclusive o dever de lealdade em manter protegido as condições de vida colectiva e

<sup>598</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 122-124.

<sup>599</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 122-127.

<sup>600</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 40-47.

<sup>601</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, pág. 136.

<sup>602</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 149-150.

da ordem também colectiva. Portanto, o Socialismo de Estado concretizou o Estado a exercer o dever de lealdade em relação à sociedade, a fim de proteger as condições de vida e da ordem colectivas.<sup>603</sup>

Outras duas correntes, baseadas na ideia de colectividade, surgiram nesta época: o Solidarismo e o Cooperativismo.<sup>604</sup>

O Solidarismo contrapunha-se ao egoísmo individualista do Liberalismo e do colectivismo Comunista, defendendo a ideia de que os homens eram dependentes entre si, constituindo-se cada ser como se fosse uma célula da sociedade e, consequentemente, de toda a organização social. Sendo assim, qualquer abalo nesta célula podia repercutir negativamente em toda a organização, de modo de maior ou de menor importância. O Solidarismo implicava em exercer determinadas actividades sem a contraprestação salarial.<sup>605</sup>

Observa-se que o Solidarismo era uma doutrina que impunha certos deveres a quem assumia os seus ideais, inclusive o dever de lealdade por aqueles que optassem em auxiliar a colectividade, sem o propósito de auferir qualquer tipo de remuneração. Portanto, o Solidarismo impunha o dever de lealdade a todos que desejassem ajudar a colectividade, exercendo esta ajuda sem qualquer tipo de remuneração.<sup>606</sup>

Já o Cooperativismo objectivava melhorar as condições dos trabalhadores, a partir de suas próprias actividades, de tal modo que os seus serviços e produtos eram remunerados com valores abaixo aos de mercado, sem prejuízo da qualidade, possibilitando que um maior número de pessoas pudessem usar ou adquirir os frutos deste trabalho. Desta forma, o Cooperativismo não visava a obtenção de lucros, mas apenas a custear a sua produção em níveis que pudessem manter a cooperação entre os trabalhadores.<sup>607</sup>

Desta forma, o Cooperativismo devia ser exercido por cooperativas de trabalhadores, sem fins lucrativos e para oferecer produtos e serviços abaixo aos de mercado, mas que a sua remuneração fosse suficiente para atender às condições básicas dos trabalhadores e para manter em bom funcionamento o sistema de cooperativas e, portanto, o Cooperativismo impunha à cooperativa o dever de lealdade frente aos trabalhadores, a fim de oferecer as

<sup>603</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 35-40.

<sup>604</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 165-166.

<sup>605</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 165-166.

<sup>606</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 35-40.

<sup>607</sup> LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 168-170.



condições básicas de sobrevivência e o dever de lealdade de oferecer produtos e serviços de qualidade e a preços abaixo aos de mercado.<sup>608</sup>

### ***5. O dever de lealdade na emergência da legislação laboral***

A noção da lealdade, ligada à confiança, foi acolhida no antigo Direito germânico, tendo daí recebido um contributo objectivista importante. A lealdade era retirada do ritual solene e da aparência dele resultante. Além disso impôs-se uma funcionalização do conceito: a lealdade é devida à chefia e por via desta.

O liberalismo e as codificações dele tributárias foram pouco sensíveis no início à ideia de lealdade. De resto, isso sucedeu em geral, com os conceitos indeterminados que postulavam ordenamentos alargados para além do *jus positum*. Aos cidadãos eram reconhecidos direitos que eles exercessem como bem lhes parecesse. Apenas era devida obediência aos contratos livremente celebrados e, naturalmente, à lei, e para além disso, não haveria mais “lealdades” exigíveis.

A Revolução Industrial trouxe consequências sociais trágicas, a partir do êxodo rural, e os empregadores tinham predilecção em oferecer trabalho para mulheres e crianças, em virtude de baixos salários e por serem de fácil controlo.<sup>609</sup>

Nota-se que a primeira intervenção Estatal nas relações laborais, por meio da lei inglesa de 1802, Lei de Peel, que determinava a protecção dos menores de 8 anos de idade ao trabalho nas fábricas, nos povoados, além de determinar condições mínimas de saúde e saneamento, cuja a fiscalização se mostrou inoperante, determinando a criação de uma outra lei para fiscalizar o trabalho infantil, em 1818. Portanto, tem-se o dever de lealdade do Estado para o trabalhador infantil, a partir da criação da primeira lei, em 1802, de limitação do trabalho infantil, imposição à educação de menores pelo empregador e melhores condições de higiene e saúde nas fábricas dos povoados, além do dever de lealdade dos empregadores em relação ao Estado e aos menores de idade, em fazerem cumprir a lei, o que acabou não ocorrendo, tendo em vista a necessidade de ter sido lançada uma nova lei, em 1818: Peel's

---

<sup>608</sup> FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012, págs. 35-40, e LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009, págs. 165-170.

<sup>609</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 112-113.

Committee and House of Lords' Committee.<sup>610</sup> Observa-se que, em Inglaterra, entre 1831 e 1847, os Factory Act resultaram na restrição do trabalho infantil e da mulher, nas fábricas inglesas e, portanto, os Factory Act, entre 1831 e 1847, estabeleceram o dever de lealdade dos empregadores aos menores de idade e às mulheres, para a redução da jornada de trabalho, que chegou ao mínimo de 6 horas e meia e máximo de 10 horas diárias e com o Factory Act, de 1878, extinguiu o trabalho infantil na Inglaterra, ao estender a lei também para o comércio.<sup>611</sup>

Observa-se que o exemplo inglês de protecção ao trabalho infantil e da mulher ganhou grande repercussão na Europa, com o compromisso de incentivar a escolaridade da criança e a resguardar o jovem e a mulher em actividades insalubres e perigosas. Portanto, no século XIX, o exemplo inglês de protecção ao trabalho infantil e feminino ganhou grande repercussão, de tal modo que se estabeleceu o dever de lealdade nos países europeus de proteger o trabalho infantil e feminino, reduzindo a jornada de trabalho e limitando as actividades, que fossem insalubres e perigosas.<sup>612</sup>

A preocupação jurídica com o trabalho somente aparece quando este passa a ser desenvolvido em favor de outro; como foi já realçado neste estudo, a primeira manifestação do conceito de trabalho aparece na escravidão, que sucedendo à antropofagia e à imolação,<sup>613</sup> dos homens feitos prisioneiros, representando, portanto, evolução, foi a base da economia<sup>614</sup> da Grécia, Roma e Egipto.

Como é sabido, o Direito Civil nos finais do séc. XIX e princípio do séc. XX, mostrava-se incapaz de fazer frente às necessidades dos trabalhadores por conta de outrem e trabalhadores dependentes, e é desta forma que surge o Direito do Trabalho.

Quando se pensava que as características distintas do contrato de trabalho estavam suficientemente elaboradas, com requinte jurídico e doutrinal, eis que surgem modalidades de trabalho até então, juridicamente sem protecção.<sup>615</sup>

---

<sup>610</sup> BRYSON, BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009, pág. 288-289; LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 112-113, e MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010, págs. 170-190.

<sup>611</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 123-124.

<sup>612</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, RODRIGO: *El contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 412-413 e 427-429; e LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 127-132.

<sup>613</sup> ALONSO OLEA, A.: *Estudios de Derecho de Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, pág. 66.

<sup>614</sup> *Ibidem*, págs. 67-69.

<sup>615</sup> MONTOLYA MELGAR, A., presentación a SAGARDOY BENGUECHIA, J.A.: *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ed. Cinca, Madrid, 2004, pág. 9.

O contrato de trabalho é “*uma relação singular entre privados*” em que a igualdade formal se rompe dando origem à relação de subordinação jurídica do trabalhador em relação ao empregador.<sup>616</sup>

Possivelmente, o Direito do Trabalho é uma dos ramos do direito em que a igualdade jurídico-formal é mais tangível, pelo que não será de estranhar que esteja construído sobre “*a base do conhecimento da desigualdade nas posições de poder das partes e sobre a necessidade de compensar o desequilíbrio*”.<sup>617</sup>

É nesta época em concreto, que o trabalho assalariado adquire uma hegemonia sobre as outras formas de trabalho, à qual determinou a consolidação do capitalismo industrial, e é nesta perspectiva que o Direito do Trabalho é uma categoria cultural fruto do sistema capitalista industrial, cuja tarefa é de contribuir à codificação dos conflitos de interesses derivados da prestação do trabalho assalariado.<sup>618</sup>

Obviamente que o trabalho assalariado impôs condições de dependência e subordinação, porém, e perante esta forma de trabalho, bem como os conflitos daí emergentes, adquiriu as condições para o nascimento do Direito do Trabalho.

Com esta transformação, resultou um sistema do qual emergiu a exploração do trabalho assalariado prestado num regime de liberdade controlado pelos donos do capital.

A prestação do trabalho assalariado converteu-se desta forma clara no suporte de um novo modo de produção, exprimindo-se como um suposta e clara característica social a diferença específica do sistema capitalista que sem prejuízo das profundas transformações experimentadas ao largo do desenvolvimento histórico, chegou até aos dias de hoje.<sup>619</sup>

Esta conjuntura social de trabalho assalariado gerou uma divisão estruturante, ou seja, de um lado os trabalhadores que vendiam a força do trabalho e do outro lado os empresários donos do capital, e este confronto foi o emergir de conflitos de interesses na sociedade, com

---

<sup>616</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., BAYLOS GRAU, A., y ESCUDERO, RICARDO: “*El Estatuto de los trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas*” RL (1990-I), pág. 203. En efecto, las relaciones existentes en la empresa se caracterizan por la presencia del *poder* como fenómeno que determina la forma en que se desarrollan y se desenvuelven esas relaciones. El poder se confunde, o, dicho de otra forma, se manifiesta en las expresiones mismas de la actividad empresarial: ‘dirigir’ (to manage) significa mandar. (OTTO KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, (trad. Jesús M. Galiana Moreno), MTSS, Madrid, 1987, pág. 49.

<sup>617</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Política Social, nº 137 (enero-marzo), 1983, pág. 129.

<sup>618</sup> Neste sentido, PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y M. ALVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, pág. 51.

<sup>619</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, págs. 58-59.

novos métodos de produção, tendo este conflito o autêntico motor de todas as contradições nos dias de hoje.<sup>620</sup>

Porém, e considerando que o contrato de trabalho se define como uma categoria jurídica que proporciona a devida cobertura de troca de prestações, ou seja, trabalho e salário, é então a base conceptual do Direito do Trabalho<sup>621</sup>, e a sua razão de ser não será outra que servir de suporte e facilitar as relações de produção.<sup>622</sup>

A generalização do trabalho livre só se operou com as revoluções liberais que dissolveram todos os vínculos pessoais e jurídicos característicos do antigo regime e erigiram a liberdade de trabalho em direito fundamental do homem e em princípio básico da organização produtiva. A dissolução dos anteriores vínculos pessoais, a servidão, a corveia, vínculos corporativos e outros de idêntica natureza, que impediam os sujeitos da energia laboral de assumirem obrigações de trabalho, de a comprometerem apenas nas condições por si propostas ou por si aceites, e a proibição da sua contratualização futura, vedando, legalmente, compromissos de trabalho por toda a vida -, foram algumas das primeiras medidas das novas ordens jurídicas emergentes.

## ***6. O dever de lealdade no processo evolutivo do Direito do Trabalho em Portugal***

Nos séculos XVIII e XIX, Portugal era um país essencialmente agrário, em que se predominava relações laborais de costumes, ou seja, o trabalho era predominantemente familiar, de baixa produtividade, informal e sua economia dependia muito mais das Colónias na América e na África. A industrialização portuguesa era, nesta época, ainda muito incipiente, o que não permitia avançar no plano social das relações laborais.<sup>623</sup>

As primeiras associações sindicais e patronais foram criadas somente na primeira metade do século XIX, sendo que as primeiras associações operárias assumiram sobretudo funções de protecção e apoio social, atendendo casos de doenças, desemprego, alimentação e

<sup>620</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, págs. 51-52 e 57.

<sup>621</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*, op. cit., págs. 17-19. vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 621: “El contrato de trabajo es el origen y permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario.”

<sup>622</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e Ideología*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, pág. 4.

<sup>623</sup> BRANCO, RUI MIGUEL CARVALHINHO, e TAVARES DE ALMEIDA, PEDRO: *Burocracia, Estado e Território - Portugal e Espanha, Séculos XIX – XX*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007, págs. 14-15.

residência, funções estas originárias das corporações de ofício, na Idade Média, que perduraram em Portugal até o início do século XX.<sup>624</sup>

Observa-se que o regime monárquico português levou Portugal a uma estagnação económica até a sua destituição, em 1910, pois todo o país dependia da exploração comercial das suas colónias, principalmente, de África. A indústria nacional pouco se desenvolveu e o país foi predominantemente agrário até a primeira metade do século XX. A mesma ideologia burguesa de exploração do trabalhador, nas corporações de ofício e nas oficinas manufactureiras e industriais que dominaram as relações laborais portuguesas até este período, revoltavam a classe operária e exigiam mudanças urgentes, senão dos empresários, mas pelo menos do Estado monárquico.

Os anos que se seguiram, até à queda da República, em 1926, e a consolidação do Estado Novo, em 1933, trouxeram conquistas significativas para os trabalhadores portugueses, mesmo que as condições de vida operária não tenham sido alteradas na mesma proporção.

A partir do atendimento parcial das suas reivindicações salariais, os trabalhadores conseguiram alguns aumentos dos seus salários, porém, a economia portuguesa vivia uma grave crise, provocada pela escassez de géneros alimentícios e pela expectativa de eclosão da Primeira Guerra Mundial, na Europa. A partir da participação de Portugal no conflito armado, a crise interna agravou-se e os seus resultados para a economia, política e sociedade portuguesa perduraram até a derrocada do regime republicano em 1926.<sup>625</sup>

Por meio de um golpe de Estado, uma junta militar, a pretexto das condições de insegurança, provocadas pelas greves e económicas, relativas ao desemprego e déficit económico, que Portugal vivia, derrubou o Governo da Primeira República, em 1926, e suspendeu as garantias constitucionais, de tal modo que, esta junta governou Portugal até 1933, a partir do qual foi implantado o Estado Novo, governado por António de Oliveira Salazar, cujo governo ditatorial se estendeu até 1974, com a Revolução de Abril. Salazar ficou à frente de um Governo republicano (Segunda República) autoritário, conservador, nacionalista, corporativista, antiliberal, anti-parlamentarista, anticomunista e colonialista.<sup>626</sup>

As consequências para as relações laborais da Segunda República, denominada de fase Corporativa, foram a suspensão do direito de greve; a prisão, em caso de greve; suspensão do funcionamento dos sindicatos; controlo do Estado sob os trabalhadores; des-estímulo aos

<sup>624</sup> BRANCO, RUI MIGUEL CARVALHINHO, e TAVARES DE ALMEIDA, PEDRO: *Burocracia, Estado e Território - Portugal e Espanha, Séculos XIX – XX*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007, págs. 41-42.

<sup>625</sup> CORTÉS, FERNANDO: *Breve Historia de Portugal*, Junta de Extremadura, Mérida, 2006, págs. 81-82.

<sup>626</sup> BRANCO, RUI MIGUEL CARVALHINHO, e TAVARES DE ALMEIDA, PEDRO: *Burocracia, Estado e Território - Portugal e Espanha, Séculos XIX – XX*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007, págs. 64-65.

contratos colectivos de trabalho, por serem obrigados à homologação governamental, que por sua vez dificultava o trâmite e aprovação. Na prática, os contratos colectivos de trabalho foram substituídos pelos despachos de regulamentação do trabalho, que constituíam a regulamentação das condições de trabalho, geralmente, estabelecidas sem qualquer tipo de negociação entre patrões e empregados, mas determinadas pelo Estado. Por não comportarem negociações, o conteúdo destes despachos mantinham-se por longos períodos e acabavam transformando os contratos individuais, como as únicas alternativas para os trabalhadores conseguirem alguma vantagem, que geralmente apenas se destinava àqueles trabalhadores mais qualificados ou de alguma importância para as empresas. Por isso, os despachos de regulamentação do trabalho destinavam-se muito mais à massa operária, mantendo inertes as condições de trabalho.<sup>627</sup>

Verifica-se que o período de 1926 a 1974, denominado de Estado Novo ou Segunda República, representou um retrocesso nas relações laborais em Portugal, pois o Governo proibiu a realização de greves e a actuação dos sindicatos, forçando-os a trabalharem na clandestinidade. Os contratos colectivos de trabalho foram substituídos pelos despachos de regulamentação do trabalho, pois estes eram aprovados pelo Governo, que acabava controlando toda a actividade laboral nacional.

A Revolução de 1974 pôs fim ao Estado Novo, que, no campo laboral, resultou na eliminação do sistema corporativo, cujo sistema sempre beneficiou a parte patronal em detrimento dos interesses dos trabalhadores, por manter inalterada as condições de trabalho por um longo período, por quase 40 anos, e sem ter havido a possibilidade da negociação colectiva de trabalho e de contratos colectivos de trabalho.<sup>628</sup>

Com os motivos de enfrentar a crise económica mundial, estabilizar a economia doméstica e evitar a continuidade de conflitos laborais pela retomada das negociações colectivas de trabalho, o Governo Revolucionário Português decidiu suspender toda e qualquer negociação colectiva de trabalho, até que fosse publicado um novo texto constitucional que definisse as regras para o campo do trabalho.<sup>629</sup>

Em 1976, o Governo Revolucionário cumpriu a promessa e promulgou a Constituição da República Portuguesa (CRP), em moldes democráticos e atribuindo dignidade de direitos sociais fundamentais aos direitos dos trabalhadores, aos direitos sindicais, ao direito da

<sup>627</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 2ª. Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 88-90.

<sup>628</sup> CORTÉS, FERNANDO: *Breve historia de Portugal*, Junta de Extremadura, Mérida, 2006, págs. 96-98.

<sup>629</sup> CORTÉS, FERNANDO: *Breve historia de Portugal*, Junta de Extremadura, Mérida, 2006, pág. 102.

negociação colectiva e ao direito de greve. Basicamente, o texto Constitucional trouxe as seguintes garantias laborais: formação e actuação de associações sindicais, seguro social, proibição do despedimento do trabalhador sem justo motivo, direito à greve e outros que são mais detalhados nos Capítulos III e IV deste estudo.

Todavia, os direitos e garantias constitucionais não puderam ser exercidos tão logo foi promulgada a Constituição, em 1976, devido à situação económica que Portugal enfrentava, porém, o Governo havia prometido que, tão logo a crise económica fosse amenizada, as garantias constitucionais seriam respeitadas. Destacam-se como proibição inicial adoptada o direito ao seguro social, a negociação colectiva de trabalho e o contrato colectivo de trabalho. Assim, momentaneamente, não foi permitida na prática a actuação sindical, nos primeiros anos de vigência da actual Constituição portuguesa.<sup>630</sup>

Observa-se que, entre 1976 e 1979, mesmo com a promulgação de uma nova Constituição da Republica Portuguesa (CRP), que trouxe diversos avanços no campo das relações laborais, como a permissão de constituição e actuação de associações sindicais, seguro social, proibição do despedimento do trabalhador sem justo motivo e direito à greve, dentre outros, devido à conjuntura económica mundial, reflexo da crise mundial do petróleo, os direitos relativos à actuação sindical foram proibidos e substituídos por instrumentos semelhantes à época do Estado Novo, com a adopção de portarias de regulamentação do trabalho, que ditavam as condições de trabalho a serem seguidas pelos trabalhadores e empresários, da mesma forma como os despachos de regulamentação do trabalho eram editados, no Estado Novo. Desta forma, não havia contratos colectivos de trabalho, neste período. A consequência mais importante desta medida, foi o baixo nível de inovação dos conteúdos dos contratos colectivos de trabalho, ainda hoje firmados.<sup>631</sup>

A restrição governamental aos direitos constitucionais estabelecidos pela carta de 1976 trouxe uma flexibilização maior de negociações colectivas de trabalho no sector privado em relação ao sector público, devido à necessidade de se estabelecerem vantagens aos trabalhadores, que já estavam consagrados constitucionalmente, mas não efectivamente praticados, por conta de um aumento da produção e melhoria na condição económica das empresas. Esta corrida para antecipar os direitos laborais ainda não efectivamente praticados

---

<sup>630</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 213-214.

<sup>631</sup> LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, págs. 213-217, e LOBO XAVIER, B. DA G.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, págs. 109-112.

fez surgir negociações com sindicatos diversos e concorrentes aos historicamente estabelecidos, gerando conflitos entre sindicatos.<sup>632</sup>

Portanto, no período entre 1976 e 1979, não existiu o direito de lealdade do Governo frente aos trabalhadores, relativo à restrição dos direitos laborais consagrados constitucionalmente, devido à crise económica mundial do petróleo, de tal modo que, as negociações colectivas de trabalho e os contratos colectivos de trabalho estavam suspensos, sendo substituídos pelas portarias de regulamentação do trabalho, semelhantes aos despachos de regulamentação do trabalho, na época do Estado Novo, que determinavam as condições de trabalho a serem seguidas; houve o dever de lealdade entre trabalhadores e patrões, muito mais no sector privado, por estabelecerem negociações colectivas de trabalho, a fim de se anteciparem aos direitos laborais estabelecidos constitucionalmente, mas que ainda não eram permitidos pelo Governo à época e o dever de lealdade entre os sindicatos concorrentes e os trabalhadores, contra os sindicatos historicamente estabelecidos, pela negociação de direitos já firmados pela Constituição, de 1976, mas que ainda não eram permitidos pelo Governo à época.<sup>633</sup>

A determinação legal, por meio do Decreto-Lei nº. 519-C1/79, em 1979, pela primeira vez na história das relações laborais em Portugal, de que as associações sindicais, as associações patronais e as entidades patronais deviam respeitar, no processo de negociação colectiva, os princípios de boa fé, determinou a inauguração formal do dever de lealdade nas relações laborais, entendido como sendo as necessárias consultas aos trabalhadores e às entidades patronais interessadas, que não podiam, no entanto, as entidades sindicais dos trabalhadores e patronais invocarem tal necessidade para obterem a suspensão ou interrupção do curso do processo de negociação; as partes não deviam agir em prejuízo para a defesa dos seus interesses, facultando à outra os elementos ou informações que ela solicitava; não podia ser recusado, durante as negociações, o fornecimento dos relatórios e contas das empresas já publicados e, em qualquer caso, do número de trabalhadores por categoria profissional, que deviam ser abrangidos pelas convenções.<sup>634</sup>

Até a obrigatoriedade de Portugal estabelecer uma legislação laboral, de acordo com as directivas estabelecidas pela União Europeia, em 2000, algumas pequenas alterações no Decreto-Lei 519-C1/79 foram introduzidas na legislação laboral portuguesa, como, por

---

<sup>632</sup> *Ibidem.*

<sup>633</sup> *Ibidem.*

<sup>634</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, págs. 120-129; e LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010, pág. 180.



exemplo a diminuição do prazo de vigência das convenções colectivas de trabalho de dois anos para apenas um ano, coincidindo com o prazo de revisão dos reajustes salariais.<sup>635</sup>

Em 2003, o Decreto-Lei 519-C1/79 foi revogado, dando lugar à Lei 99/2003, de 27 de Agosto, estabelecendo o Código do Trabalho Português (CTP) baseando-se nas directivas da União Europeia para as relações de trabalho. Em 2011, foi realizada uma segunda revisão no Código do Trabalho, e tem prosseguido com alterações pontuais e irrelevantes para o estudo actual.

Observa-se que o CTP, de 2003 e revisto em 2009, ratifica pontos importantes do Decreto-Lei 519-C1/79, que consolidou os direitos constitucionais dos trabalhadores e o estabelecimento da boa fé, nas negociações colectivas de trabalho. Portanto, no CTP, de 2003 e 2009, a boa fé impõe a todas as partes envolvidas nas negociações de trabalho um comportamento leal, ou seja, no CTP, o dever de lealdade deve estar presente em toda e qualquer relação laboral; os representantes dos trabalhadores devem sempre agir com lealdade; o trabalhador deve buscar a maior produtividade e o empregador deve agir para promover o trabalhador nas questões profissionais, sociais e humana; deve-se ainda responder rapidamente aos itens pendentes em negociação; seguir o protocolo negocial; estar representado legitimamente nas negociações; os representantes devem consultar os trabalhadores e empregadores, antes de tomarem qualquer decisão e que isso não sirva para cessar as negociações; toda e qualquer documentação da empresa já publicada deve estar disponibilizada nas negociações; o dever de lealdade deve imperar na execução do contrato de trabalho.<sup>636</sup>

Apesar de Portugal possuir uma das legislações do trabalho mais inovadoras da Europa, na prática a situação mostra-se um pouco diferente do que realmente está estabelecido em lei. As relações laborais portuguesas são fortemente influenciadas por dois factores fundamentais: o período ditatorial do Estado Novo, que se manteve durante quase meio século e as sucessivas crises económicas, que rondaram a Europa nas décadas de 1970, 2000 e 2010.<sup>637</sup>

Desta forma, assim, o Estado português assume ainda um elevado grau de participação e regulação das relações laborais, que se baseiam na maneira como são estruturados os

<sup>635</sup> QUINTAS, H., e QUINTAS, P.: *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012, págs. 190-192.

<sup>636</sup> QUINTAS, H., e QUINTAS, P.: *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012, págs. 190-192 e 230-250.

<sup>637</sup> ASSIS, RUI: *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, 2ª. Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 14-16.

sindicatos dos trabalhadores e dos empresários, na determinação dos procedimentos, conteúdos e formas de negociação colectiva de trabalho, de tal modo a restringir e a condicionar determinados direitos laborais, em troca da manutenção do nível de empregabilidade.<sup>638</sup>

Apesar de neste capítulo nos debruçarmos da evolução do Direito do Trabalho em Portugal a partir da década de 30, julgamos pertinente, por uma questão histórica, fazer uma breve alusão ao Código de Seabra, de 1866, de influência francesa, em que nos artigos 1370 e ss. são referidas questões de direito do trabalho, regulamentando o serviço doméstico entre o “*amo e o serviçal*”, em que também o serviço assalariado é referido.

É contudo no período corporativo do Estado Novo em 1933, que surge o Estatuto do Trabalho Nacional publicado pelo Decreto-Lei 23.048, que regula de forma séria o direito do trabalho através do princípio da solidariedade e fidelidade. A corporativização da vida económica e social foi um desígnio do salazarismo e uma trave mestra da construção de um Estado autoritário e tendencialmente totalitário, à imagem do fascismo italiano, de que se sentia próximo nos ideais e na concepção burocrático-administrativa. O Estatuto do Trabalho Nacional foi uma peça fundamental dessa corporativização estatizante. De forma velada e muitas vezes de forma explícita a corporativização da formulação económico-social foi encarada pelos seus ideólogos como uma forma de pacificação das relações laborais e de intervenção nas orientações de política-económica das empresas privadas. Tratava-se de, através da intervenção do Estado, limitar a conflitualidade das habituais relações de produção de uma economia liberal, capitalista, através de mecanismos administrativos e, se necessário, através da repressão policial e judicial. Em Portugal, essa tutela das liberdades (de sindicatos e patrões) iniciou-se pela repressão da vida associativa, logo nos primeiros tempos da Ditadura Militar. Quando, em Setembro de 1933, foi promulgado o Estatuto do Trabalho Nacional e a restante legislação corporativa, o associativismo livre não tinha já qualquer viabilidade de resistência à imposição do Estado.

Todo o sistema de legislação laboral do Estado Novo assentou na Constituição Política de 1933, e no denominado Estatuto Nacional do Trabalho. Sendo que a estruturação deste sistema, se fez com base em duas ideias força: solidariedade entre a propriedade, o capital e o trabalho e o primado da protecção legal da situação individual do trabalhador contra o condicionamento das formas de acção colectiva laboral.

---

<sup>638</sup> ASSIS, RUI: *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, 2ª. Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 17.

Numa perspectiva diferenciadora do anterior, o novo regime propõe um conjunto de direitos sociais e laborais exíguos, a aumentar consoante e de acordo com as possibilidades do país, como decorre da Constituição de 1933 e do Estatuto do Trabalho Nacional, e das leis de natureza social e laboral que foram publicadas entre 1934 e 1937. Entre o “*país laboral*”, desenhado por estas normas fundadoras, e o país que encontramos no final dos anos 1960, vai na realidade uma enorme distância, apesar da permanência do quadro legislativo de base.

A evolução do campo jurídico-laboral durante o Portugal de Salazar, e com ela a evolução do espaço social que fundamenta a emergência das estruturas do Estado-Providência, além das condicionantes internas, depende do contexto internacional, particularmente o europeu. Sem prejuízo de outras influências, como seja a doutrina social da igreja, interessa-nos o papel desempenhado pela OIT.

A forma como Portugal integrou alguns dos seus normativos e orientações, o modo como “*esqueceu*” outros, o relacionamento real e formal com a própria OIT, foram decisivos, ou não –, para a conformação do espaço social de que falamos?

Como se compatibilizou ao longo do tempo o *corpus* das normas da OIT, que corresponde ao máximo de consciência social possível em determinado momento histórico, com o edifício normativo laboral do Estado Novo, que corresponde a um outro máximo de consciência social, historicamente possível, num país com as características de Portugal?

Ou, olhando por outro prisma, como se articularam estes *corpora* que constituíram o “*menor denominador comum*”, cada um no seu espaço, quanto aos direitos dos trabalhadores?

Durante o Estado Novo, é particularmente evidente a característica que determina como fundamento da emergência da legislação social e laboral: a necessidade de através do direito reduzir ou eliminar as fontes de conflito.

No caso português, e no campo laboral em particular, tal objectivo foi prosseguido não só pelo teor das normas jurídicas (desde a Constituição de 1933, ao Estatuto do Trabalho Nacional, passando pela legislação ordinária) que consagravam um quadro de colaboração forçada entre Estado, patrões e trabalhadores, mas também pelo esquema da negociação colectiva, em que a acção dos Sindicatos Nacionais estava fortemente condicionada e limitada pela sujeição ao poder político, o que lhes retirava quase em absoluto a dimensão conflitual.

O legislador determinava ainda, que os estatutos dos sindicatos deveriam conter não só a afirmação de fidelidade ao nacionalismo e à colaboração social e para que não restassem

dúvidas, proclamavam que os estatutos<sup>639</sup> deviam conter, expressa e obrigatoriamente, não só a afirmação de fidelidade ao nacionalismo e à colaboração social, como a declaração de renúncia a toda e qualquer actividade contrária aos “*interesses da Nação Portuguesa*” e a do “*repúdio da luta de classes*”, numa clara razão de fidelidade.

O Decreto-Lei 49.408 de 24 de Novembro de 1969, (LCT) era um diploma sistematizado, que regulava o Direito do Trabalho e estabelecia o fim da vigência do regime corporativo.

A LCT reafirmou a ideia da colaboração e enunciou a caracterização do empregador face ao trabalhador numa perspectiva de poder-dever, porém era à entidade empregadora que estavam atribuídos todos os poderes, não só os contratuais, de autoridade e direcção, mas ainda os poderes empresariais, directivo e disciplinar.

O dever de lealdade era preconizado através de uma conduta de respeito à entidade patronal, superior hierárquico, companheiros de trabalho e família.

Decorre deste diploma legal que a consagração do dever de lealdade era suficientemente elástica<sup>640</sup>, ou seja, alia-se à circunstância da determinação do verdadeiro sentido normativo resultante da mudança política e a evolução social sofridas nas relações laborais.

Perfeitamente inspirada no artigo 2105 do Código Civil Italiano, que dispõe que o prestador de trabalho não deve negociar (*trattare affari*), por conta própria, dever de sigilo, e é a partir daí que a doutrina italiana constrói o dever geral de fidelidade (*fedeltà*) ou lealdade, e este dever tinha de facto uma atitude precisa, que era nem mais a de proibir um qualquer comportamento que pudesse prejudicar a entidade empregadora.

Verificava-se que o dever de lealdade era compatível com uma concepção contratualista e comutativa<sup>641</sup> das relações laborais, bem demonstrada pelos autores alemães no plano doutrinal com posição contrária à concepção comunitária<sup>642</sup>, sendo que o tema foi como que reconduzido ao tema nuclear da boa fé, abandonando o cariz comunitário adquirido com maior vínculo nos ordenamentos corporativos.

<sup>639</sup> Decreto-Lei 23.050 de 18 de Maio de 1934: “art.º 20 – *Será retirada a aprovação dos estatutos aos sindicatos nacionais que se desviarem do fim para que foram instituídos, não cumprirem os seus estatutos, não prestarem ao Governo ou às entidades de direito público as informações que lhes forem pedidas sobre assuntos da especialidade dos mesmos sindicatos, não desempenharem devidamente as funções que lhes tiverem sido ou venham a ser confiadas, promoverem ou auxiliarem greves ou suspensões de actividade, ou infringirem as disposições deste decreto-lei.*”

<sup>640</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Lisboa, 1999, pág. 224.

<sup>641</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Lisboa, 1999, pág. 226.

<sup>642</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Lisboa, 1999, pág. 226, ob. Cit. Cfr. ZOLLNER, *Arbeitsrecht* cit.145 ss.; SOLLNER, *Grunsriss* cit. 255 ss.

Contudo, é notória através da jurisprudência que o conceito fiduciário das relações laborais, assumiu, e tem assumido através do dever de lealdade uma função estruturante.

Na LCT o termo lealdade surgia com dois significados diferentes, estando associado à noção de urbanidade e respeito, intimamente ligados estes conceitos a regras de ética de relação de boa convivência do que propriamente de comportamentos devidos. A lealdade traduzia assim um critério de franqueza, honestidade e franqueza; por outro lado o mesmo preceito legal assumia em outra alínea um conteúdo jurídico-positivo mais vincado e servia para designar um conteúdo essencialmente purificador.

Com o CTP de 2003, foi abandonado o termo de aproximação ao respeito e urbanidade e substituí-o por probidade, a qual se mantém.

Resulta do CTP de 2003, que sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócio.

Consagra-se neste dispositivo o dever de lealdade que é um dos deveres acessórios autónomos da prestação principal e que onera o trabalhador no contexto da relação de trabalho.

Ao dever de lealdade é reconhecida pela Doutrina uma dimensão ampla e uma dimensão restrita, concretizando-se esta nos deveres de não concorrência e de sigilo que são objecto de consagração expressa naquela norma.

Em sentido amplo, o dever de lealdade é o dever orientador geral da conduta do trabalhador no cumprimento do contrato, entroncando, por um lado, no dever geral de cumprimento pontual dos contratos, e, nesta perspectiva não é mais do que a concretização laboral do princípio da boa fé, na sua aplicação ao cumprimento dos negócios jurídicos, tal como está vertido no número 2, do artigo 762 do CCP.

O dever de lealdade, nesta dimensão ampla, comporta ainda um duplo sentido que se materializa no envolvimento pessoal do trabalhador no vínculo e na componente organizacional do contrato.

O elemento da pessoalidade explica que a lealdade do trabalhador no contrato seja, até certo ponto, uma *lealdade pessoal*, cuja quebra grave pode constituir motivo para a cessação do contrato. É este elemento de pessoalidade, traduzido na lealdade pessoal, que justifica por exemplo, o relevo de condutas extra-laborais do trabalhador graves para efeito de

configuração de uma situação de justa causa de despedimento, bem como o relevo da perda da confiança pessoal do empregador no trabalhador para o mesmo efeito.

Por outro lado, *“a componente organizacional do contrato de trabalho justifica que o dever de lealdade do trabalhador não se cifre apenas em regras de comportamento para com a contraparte mas também na exigência de um comportamento correcto do ponto de vista dos interesses da organização”*<sup>643</sup> dependendo, nesta segunda dimensão, o grau de intensidade do dever de lealdade e as consequências do seu incumprimento *“do tipo de funções do trabalhador e da natureza do seu vínculo de trabalho em concreto”*.<sup>644</sup>

Constata-se da doutrina portuguesa que, *“o que pode dar-se por seguro é que o dever geral de lealdade tem uma faceta subjectiva que decorre da sua estreita relação com a permanência de confiança entre as partes (nos casos em que este elemento pode considerar-se suporte essencial de celebração do contrato e da continuidade das relações que nele se fundam)”*, sendo necessário *“que a conduta do trabalhador não seja em si mesma, susceptível de destruir ou abalar tal confiança, isto é, capaz de criar no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura da conduta daquele”*, sendo certo que *“este traço do dever de lealdade é tanto mais acentuado quanto mais extensa for a (eventual) delegação de poderes no trabalhador e quanto maior for a atinência das funções exercidas à realização final do interesse do empregador”*.<sup>645</sup>

A confiança e a lealdade, nas suas múltiplas perspectivas, são valores essenciais à viabilidade de uma relação jurídica de trabalho, atenta a sua natureza estruturalmente fiduciária, quer seja na vertente expressamente prevista no artigo 20, número 1, alínea d), da LCT, quer não, a lealdade é sempre uma prioridade, um pressuposto ôntico, uma permanente manifestação do princípio da boa fé<sup>646</sup>, pelo que perante tais motivações, foi desde 1969, uma exigência como princípio aferidor, que a honestidade, seriedade, lisura, não fosse só expressa nas declarações, fosse na actuação dinâmica, são essenciais ao crédito de confiança e lealdade que suportem uma relação típica de trabalho.

Estipulava o artigo 20 da LCT que o trabalhador devia, na alínea a), a *“respeitar e tratar com urbanidade e lealdade a entidade patronal, os superiores hierárquicos, os*

<sup>643</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 13ª Ed., Lisboa, 2007, pág. 238.

<sup>644</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 13ª Ed., Lisboa, 2007, pág. 239.

<sup>645</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 13ª Ed., Lisboa, 2007, pág. 240.

<sup>646</sup> Invocando a anotação de ABÍLIO NETO, in *Contrato do Trabalho, Notas Práticas*, 12ª Ed., 1993, pág. 92, que cita Délio Maranhão, *Direito do Trabalho*, 3.ª Ed. pág. 229, “confiança (base do contrato) e desonestidade: uma crise repele a outra”; ou, “confiança e improbidade ‘burleut de se trouver esemble’” (in nota de pág. 90 da “Cessação do Contrato de Trabalho”, de José Santos e Maria Teresa, Ed. do Rei dos Livros.

*companheiros de trabalho e as demais pessoas que estejam ou entrem em relações com a empresa”; e na alínea d) “guardar lealdade à entidade patronal, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ela ou divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”.*

Os direitos e deveres que os empregadores e trabalhadores assumem pelas estipulações individuais irão articular-se com outros provenientes da “*contratualização*” de conteúdos normativos (colectivos ou legais).

Na origem, a lealdade ganha conteúdo positivo mercê da própria aproximação à boa fé, na vertente (segundo a nossa terminologia) da primazia da materialidade subjacente. O dever de lealdade implica a prossecução efectiva de um escopo: não meras actuações formais, contudo, também então se verifica aquela modificação no conteúdo ou na essencialidade do dever de lealdade, considera-se típica dos cargos de direcção ou de confiança: “*a obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador*”<sup>647</sup>. Ou seja, a questão de saber se o carácter *fiduciário* - e, portanto, a diferente ponderação em que a fidelidade pessoal e adequação funcional objectiva determinam o conteúdo dos deveres do trabalhador -, implica a constituição de um tipo contratual distinto do contrato de trabalho. Bastará reconhecer que, nestes casos, há fundamento material para um regime de cessação do contrato, restrito ao contrato de trabalho, que o fará terminar com a cessação da relação de confiança considerada essencial. Nestes casos, a quebra de relação *fiduciária* torna absolutamente impossível a relação laboral, como se de impossibilidade objectiva se tratasse, não tendo sentido falar-se de derrogação de normas inderrogáveis a este propósito.

No Direito do Trabalho, a lealdade conheceu uma especialização característica pois surgiu como elemento clássico da relação jurídica laboral, de tal forma que vincularia o trabalhador a zelar, por acção ou por omissão, pelos interesses da entidade empregadora, e se, se opusesse estaria perante uma clara violação dos deveres de assistência, a cargo da entidade empregadora, obrigando-a a velar pela integridade física, económica e moral do trabalhador.

À época, a doutrina criticava a concepção comunitário pessoal da relação de trabalho, relação essa que viu surgir os deveres clássicos de lealdade e de assistência, contudo, o dever de lealdade manteve-se, como dever acessório legal reforçado, a cargo do trabalhador, e acolheu, no artigo 121, número 1, alínea e), do CTP de 2003, a redacção seguinte: “*Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em*

<sup>647</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 2007, pág. 190.

*concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”.*<sup>648</sup>

Trata-se de um preceito, que transitou da LCT (1969), e que corresponde a um desenvolvimento civilístico da matéria.

Refere-se que, “o dever de guardar lealdade ao empregador, consagrado genericamente, não obsta por si só a que um trabalhador exerça cumulativamente a sua actividade profissional ao serviço de um terceiro empregador, não carecendo para tanto de prévia autorização e/ou de dar conhecimento desse facto. Ponto é que não esteja vinculado por uma cláusula de exclusividade e/ou não incorra em concorrência, nem divulgue informações referentes à organização, métodos de produção ou negócio do(s) empregadores, ou por qualquer forma lese culposamente interesses patrimoniais sérios de um deles. Parece, pois, inatacável, observado que seja o apontado condicionalismo, a cumulação de um emprego principal, por via de regra em regime de horário de ocupação plena, com o exercício de uma actividade complementar, normalmente em regime de tempo parcial”.

E abordando a previsão do acima transcrito do artigo 20, em termos que, diga-se, mantêm inteira aplicação no quadro da alínea e), do número 1, do artigo 121 do CTP (2003), que a “A expressão negociar, constante daquele preceito, não tem de corresponder a uma actividade concreta e actual no mercado, possuindo uma amplitude bastante maior. Não é, com efeito, imperioso que se verifique a prática efectiva de negócios, no sentido corrente e empírico do termo; basta que o comportamento do trabalhador seja meramente preparatório ou de molde a criar a expectativa de uma actividade concorrencial. Com efeito, o que está em causa na proibição de concorrência é, claramente, tudo aquilo que possa conduzir ao desvio da clientela do empregador. E sabe-se que a posição da empresa no mercado, o seu aviamento em suma, constitui um valor cuja tutela se não centra na materialidade de certos actos ou comportamentos. A criação de um perigo específico da perda de clientela, mesmo sem a realização efectiva de negócios é suficiente para o preenchimento da ampla noção de concorrência que é necessariamente suposta pelo conceito do dever de lealdade”.

Na sequência *supra* referida e em conformidade, aliás, com o que foi mencionado na jurisprudência, há que referir que esta tem vindo a entender que a violação do dever de lealdade, não exige ou implica a efectividade de prejuízos para o empregador em causa, nem o efectivo desvio de clientela, sendo suficiente que esse desvio seja potencial.

---

<sup>648</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P. e outros.: *Código do Trabalho anotado*, 4.ª Ed., 2005, págs. 264-265.



E a jurisprudência vem defendendo também, repetidamente, que o dever de lealdade é tanto mais acentuado quanto mais extensas e qualificadas forem as funções desempenhadas pelo trabalhador, sendo particularmente elevado o grau de confiança exigível a um trabalhador colocado em posição cimeira na hierarquia da empresa.

A exigência geral da boa fé na execução dos contratos, genericamente prevista no artigo 762 do CCP, assume especial relevo no desenvolvimento de um vínculo que se caracteriza pelo carácter duradouro, por um estreito contacto entre as esferas pessoais das partes e pela existência de subordinação de uma parte à outra, constituindo neste âmbito fonte de deveres acessórios de conduta.

Por este motivo o artigo 20, número 1, alínea d), da LCT confere à lealdade um alcance normativo que supera até os limites do sigilo e da não concorrência, alcance este que se infere desde logo da utilização do advérbio "*nomeadamente*".

Assim, o dever de "*execução leal*" veda ao trabalhador comportamentos que determinem situações de perigo para o empregador ou para a organização da empresa, por um lado, e, por outro, impõe-lhe que tome as atitudes necessárias quando constate uma ameaça de prejuízo.<sup>649</sup>

Defende, aliás, a jurisprudência que a circunstância de o trabalhador estar há longo tempo ao serviço do empregador, actuando sem faltas, torna mais grave a violação dos seus deveres laborais, por representar um abuso da maior confiança que, devido à duração regular da prestação laboral, nele normalmente devia depositar o empregador, considerando que: "*O seu passado sem faltas impunha-lhe proceder de harmonia a não trair a confiança que esse mesmo passado inspiraria*".<sup>650</sup>

Este "*acervo de confiança*" não desonera o trabalhador do cumprimento dos seus deveres, antes sugere maior zelo neste cumprimento.

Impondo-lhe o nível, qualidade e grau de responsabilidade das funções de que foi incumbido um acrescido dever de lealdade e um maior zelo no cumprimento dos deveres de respeito e obediência, e sendo o seu passado na empresa passível de inspirar no empregador maior confiança na sua pessoa, bem como uma expectativa de que adopte padrões de conduta de maior diligência e responsabilidade, sendo que a frustração do comportamento que prosseguiu – frustrando obviamente essas expectativas, porque contrário aos padrões de

<sup>649</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 2007, pág. 228, o Acórdão do S.T.J. de 92.01.22 (*in* Acórdão Dout. 373º, pág. 108), e o Acórdão do STJ de 2005.04.20 (Recurso n.º 3790/03 da 4.ª Secção).

<sup>650</sup> Acórdão do STJ de 2003.06.24 (Revista. n.º 3495/02, da 4.ª Secção). Vide ainda os Acs. do STJ de 2006.02.08 (Recurso n.º 1963/05), e de 2007.04.18 (Recurso n.º 2842/06), ambos da 4.ª Secção.

conduta nelas pressuposto, e tornando imprevisível para o empregador saber se, no futuro, o mesmo comportamento, ou similar, não se repetirá –, comprometeu o pressuposto *fiduciário* do contrato e tornou imediata e definitivamente exigível a continuação do vínculo laboral.

A partir de 25 de Abril de 1974, surge uma nova fase do Direito do Trabalho português, que, e contudo, não inovou substancialmente no Direito Individual, tendo-se verificado um enorme desenvolvimento e reconhecimento do Direito Colectivo.

O Decreto-lei 372-A/75 consagrou o princípio da motivação do despedimento, permitindo, ao lado do despedimento com justa causa, de natureza disciplinar, ou seja, de preceitos disciplinares, o que ainda hoje se denomina como despedimento atendível, de natureza económica e restrito a um aviso prévio e compensação, sendo que a partir do Decreto-lei 84/76 de 28 de Janeiro, deixou de ser admitido.

### ***7. O dever de lealdade no processo evolutivo do Direito do Trabalho em Espanha***

No final do século XVIII, Espanha era um país agrário, cuja geração de riqueza estava baseada nos excedentes da produção agrícola, que, aliás, serviram para fornecer matéria-prima, no início da produção industrial. Até meados do século XIX, a economia espanhola era constituída por num sistema Mercantilista, que não se caracterizava ainda num sistema Capitalista, de apropriação e acumulação de riquezas.

A proclamação da Segunda República Espanhola, que perdurou até 1936,<sup>651</sup> marcou a promulgação da Primeira Lei do Contrato de Trabalho, em 1931, em 21 de Novembro, a partir da actuação das entidades sindicais nas negociações com o Governo, com as Cortes Gerais e com os empresários, por meio das Comissões de Reformas Sociais, o que representou um grande avanço democrático da participação dos sindicatos na elaboração de lei para os trabalhadores. Esta lei determinava as obrigações para a contratação dos trabalhadores, cuja condição fundamental deveria estar baseada nos convénios colectivos, negociados entre as entidades sindicais e os representantes empresariais, por um período mínimo de dois anos, ou seja, determinava que era essencial a celebração do Contrato de Trabalho e o dever de negociação entre as partes, de tal modo que, caso o Contrato de Trabalho não fosse

---

<sup>651</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR, FERNANDO: *Breve historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, págs. 321-322.

estabelecido, valeria o critério da “*Presunção Laboral*”, definida em 1908, pelos Tribunais Industriais.<sup>652</sup>

Esta lei definia regras sobre salários, determinava as condições para suspender ou rescindir os contratos de trabalho, e ficou estabelecido que o período de validade contratual devia ser determinado, ou seja, o Contrato de Trabalho para as mulheres devia ser temporário, enquanto que os Contratos de Trabalho para os homens eram por prazo indeterminado. Também o trabalho infantil mereceu destaque, validando a legislação até então dispersa e, em parte, cumprida.<sup>653</sup>

Verifica-se que a Segunda República Espanhola estabeleceu a Primeira Lei de Contrato de Trabalho, em 1931, a partir das Comissões de Reformas Sociais, o que representou um compromisso de todos os envolvidos, sindicatos patronais e de trabalhadores e Governo, em estabelecerem uma legislação equilibrada e justa para todos, ou seja, praticou-se o dever de lealdade na formulação da Primeira Lei do Contrato de Trabalho, em 1931. Além disso, foi determinando uma série de deveres de lealdade das empresas para os trabalhadores, tais como: o dever de lealdade na negociação e firmamento do contrato de trabalho; no atendimento de cláusulas contratuais, que não restringissem os direitos dos trabalhadores; o direito de actuação sindical; o direito de greve; os direitos inerentes ao trabalho da mulher e dos menores de idade, apesar das mulheres terem tido um tratamento diferenciado em relação aos homens, em relação ao prazo de validade dos contratos de trabalho: para as mulheres, era temporário, enquanto para os homens, era indeterminado.<sup>654</sup>

O que se chegou a admitir pelos órgãos governamentais e pelas entidades sindicais foi que este tipo de legislação proteccionista para mulheres e menores de idade servia muito mais para proteger o trabalho masculino do desemprego, que, após a crise mundial iniciada em 1929, ficou acentuada em Espanha. O resultado desta restrição ao trabalho feminino acabou proporcionando o dimensionamento para dois sectores principais de emprego: as actividades domésticas e para o emprego público, embora que os Decretos-lei de 9 de Novembro e 13 de Dezembro de 1934 permitiram o trabalho nocturno feminino em espectáculos circenses ou outros espectáculos públicos. Nas actividades domésticas, não havia a prática do uso do contrato de trabalho, embora a legislação estipulasse a presunção laboral, mesmo nos casos de serviços domésticos. No caso do emprego público, como a legislação estipulava a igualdade entre homens e mulheres, verificou-se um aumento do contingente feminino em concursos

<sup>652</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 71-74.

<sup>653</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 78-79.

<sup>654</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 71-79.

públicos e até a formação de grupos somente de mulheres dentro da estrutura Estatal, com a vantagem de poderem manter seus direitos, por meio das convenções colectivas de trabalho para o sector público. A participação da mulher no sector público podia-se confirmar por meio do Decreto-lei de 29 de Abril de 1931, permitindo as mulheres o acesso aos cartórios notariais e de registos de imóveis; o Decreto-lei de 13 de Maio de 1932 permitia o acesso das mulheres ao exame de obtenção do título de secretária de julgados municipais; e o Decreto-lei de 6 de Maio de 1933 autorizava as mulheres serem procuradoras de justiça.<sup>655</sup>

Portanto, durante a Segunda República Espanhola, entre 1931 e 1936, houve o dever de lealdade do Estado em relação aos trabalhadores, por melhorar as condições de trabalho, por meio da estipulação máxima da jornada de trabalho em 8 horas, o descanso mínimo entre jornadas de 12 horas e por uma série de restrições ao trabalho da mulher e do menor de idade, a fim de combater o desemprego crescente, devido à crise económica mundial de 1929. Também ocorreu o dever de lealdade do Estado Republicano em relação às trabalhadoras e aos menores de idade, em relação à proibição do trabalho para os menores de 18 anos de idade; para as actividades insalubres, perigosas, imorais para os serviços pesados de competência exclusiva da mão-de-obra masculina. Além disso, houve também o dever de lealdade do Estado em cumprir o preceito constitucional de igualdade entre os sexos e que permitiu direccionar a mão-de-obra feminina da indústria e do comércio para o sector público, oferecendo as vantagens dos contratos colectivos de trabalho do sector público. Neste período, ficou a pendência do dever de lealdade das empregadoras domésticas para o excedente de mão-de-obra feminina da indústria e comércio, por não adoptar o contrato de trabalho, porém estava garantida às trabalhadoras domésticas a presunção laboral, de 1908, dos Tribunais Industriais.<sup>656</sup>

Em 1938, com a iminente vitória dos Nacionalistas, liderados pelo General Francisco Franco, este estabeleceu o Governo da Nação e determinou a abertura dos trabalhos para o Foro do Trabalho, em 1938. Em poucas palavras, o Foro do Trabalho foi um verdadeiro retrocesso para o trabalhador espanhol, em relação ao seu poder de negociação laboral, ou

<sup>655</sup> FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, págs. 67-70.

<sup>656</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, RODRIGO: *El contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 614-617; FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, págs. 59-61; e FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, págs. 67-70.

seja, a legislação laboral transformou-se num conjunto de regras autoritárias e todas as relações laborais eram reguladas pelo Estado ditatorial de Franco.<sup>657</sup>

O Foro do Trabalho definiu como linha mestre de actuação o Corporativismo, por meio de uma concepção harmonizadora de relações entre Capital e Trabalho, de cunho religioso, de doutrina Católica, cuja actividade sindical foi totalmente reprimida, sendo estabelecido o sindicato vertical, em que trabalhadores e empresários eram os membros deste mesmo sindicato, totalmente regulado e controlado pelo Estado. O Foro trazia uma grande exaltação ao trabalho, estabelecendo o direito de trabalhar era uma consequência do dever de lealdade que o homem devia cumprir perante Deus, a fim de atender às necessidades individuais e familiares e aos propósitos nacionais. O Foro definia o trabalho como um dever social, exigido obrigatoriamente a todos os espanhóis capazes.<sup>658</sup>

Com a aprovação do *Fuero del Trabajo* de 1938, concretiza-se a aplicação de um regime laboral autoritário, e que posteriormente foi revogado pelo Foro dos Espanhóis em 1945<sup>659</sup> que manteve a mesma índole proclamada no artigo 2: “*Los españoles deben servicio fiel a la Patria, lealtad al Jefe del Estado y obediencia a las leyes*”. Em 1944 aparece a Lei do Contrato de Trabalho<sup>660</sup>, que revoga a Lei do Contrato de 1931<sup>661</sup>, mas que praticamente não produziu quaisquer efeitos práticos. Essa normativa e o Foro dos Espanhóis constituem o verdadeiro *corpus* da legislação laboral franquista, com um conteúdo paternalista do Estado e com uma aproximação liberal, que praticamente se manteve até 1976. Caracterizava-se pelo reforço do poder disciplinar e de direcção do empresário, bem como destacava o dever de lealdade ou fidelidade do trabalhador.

As doutrinas dominantes à época, foram recebidas por um sector da sociedade que estava em consonância com o modelo político em vigor, e desta forma pretendia-se construir

<sup>657</sup> PAYNE, STANLEY G.: *España - una historia única*, Booket, Barcelona, 2012, págs. 109-111.

<sup>658</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 131-134.

<sup>659</sup> “E que também preconizava a acção do Estado, e entre outras a garantia de umas relações laborais fundadas na recíproca lealdade e na segurança e continuidade no trabalho, etc.” conforme cit. MONTAÑA MELGAR, A.: *El Trabajo en la constitución*, Revista Foro Nueva época, Madrid, 2002.

<sup>660</sup> “Piénsese en la larga serie de proyectos fallidos de Ley de Contrato de Trabajo que se suceden en el primer cuarto del siglo XX”. Sobre ellos, M. T. SOSA MANCHA, *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: “Ainda que se trate de un antecedente frustrado (como tantos outros em matéria laboral)”*, cit. por MONTAÑA MELGAR, A.: *El Trabajo en la constitución*, Revista Foro Nueva época, Madrid, 2002.

<sup>661</sup> Que mencionava o dever de fidelidade num sentido de uma forte interpretação hermenêutica, restrita ao conceito de honradez e/ou correcção, cfr. refere: MARTÍN VALVERDE, A.: *El Estatuto jurídico del empleado público y la regulación de los conflictos de trabajo*, AA.VV (Dir. J. Cabeza Pereiro y J. Martínez Girón), El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez, Ed. Laborum, Murcia, 2008, pág. 225.

uma nova dogmática do Direito do Trabalho estabelecendo uma relação laboral através de uma interacção entre o trabalhador e a empresa, de forma duradoura, eminentemente personalista e baseada na lealdade e confiança recíprocas, ou seja, pretendia-se uma razão solidária de interesse nacional e colectivo.<sup>662</sup>

Foi estabelecido que o Estado regulava as bases das relações laborais, entre patrões e empregados, cuja base fundamental determinava a prestação do trabalho e a correspondente remuneração do trabalho, como uma contraprestação recíproca do dever de lealdade entre patrão e trabalhador, a assistência e protecção por parte dos empresários aos trabalhadores e o dever de lealdade e subordinação dos trabalhadores aos empresários.<sup>663</sup>

Determinava-se o dever de todo o cidadão espanhol de defender, melhorar e incrementar a produção nacional, pois a produção nacional era definida como unidade económica a serviço de Espanha. O Estado ditatorial de Franco defendia que um dos elementos que podiam dificultar o normal desenvolvimento da produção nacional eram os sindicatos de trabalhadores e por isso determinou a sua cassação do direito de exercer a actividade sindical livremente.<sup>664</sup>

A Lei do Foro do Trabalho de 1938 estabeleceu total tutela do Estado perante algumas garantias aos trabalhadores, tais como: estabilidade de emprego, segurança social e subsídio familiar como base de remuneração salarial. Este último ponto significava que o salário devia ser directamente determinado em função das necessidades familiares.<sup>665</sup>

Observa-se que a Lei do Foro do Trabalho, de 1938, resultou na determinação do Estado intervir directamente nas relações laborais; na adopção do sistema Corporativista, nas relações de Trabalho, em Espanha; a proibição das negociações colectivas de trabalho; a proibição das actividades sindicais; a proibição de greves, adoptou o sindicato vertical, reunindo trabalhadores e empresários; a exaltação ao trabalho; o apego à questão religiosa; o dever de lealdade do homem com Deus em trabalhar e proporcionar o sustento familiar e atender aos propósitos da Nação, ou seja, determinou-se o dever social como obrigação ao trabalho; o dever de lealdade entre patrões e empregados; o estabelecimento tutelar Estatal em relação à estabilidade de emprego, segurança social e subsídio familiar como base de

<sup>662</sup> POLO DÍAZ, A.: *Del contrato a la relación de trabajo*, RDP, nº 288, 1941, pág. 80, cit en *La Buena Fe en el contrato de Trabajo*, de CONDE MARÍN, E.: Ed. La Ley, 2007.

<sup>663</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 135-139.

<sup>664</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 140-141.

<sup>665</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, pág. 142.

remuneração salarial. Desta forma, a Lei do Foro do Trabalho, de 1938, estabeleceu uma ampla exigência dos trabalhadores em exercerem o dever de lealdade perante os seus patrões e ao Estado, a partir da adopção do Corporativismo, culto à religião, a proibição da actuação sindical e a contraprestação dos patrões de reembolsarem os trabalhadores, oferecerem assistência e o Estado de garantia de emprego e da segurança social.<sup>666</sup>

Em relação aos contratos de trabalho, a partir da Lei do Foro do Trabalho, a situação foi alterada: enquanto que antes de 1938 haviam basicamente dois tipos de contratos de trabalho: o de prazo indeterminado, para os homens e o temporário, para as mulheres. A partir de 1939, os contratos de trabalho passaram a ser de três tipos: os de prazo fixo, os de prazo fixo-descontínuo e os eventuais.<sup>667</sup>

Os contratos de trabalho a prazo fixo eram contínuos por todo o tempo de duração do trabalho, podendo ser definidos por qualquer prazo. Os trabalhadores que tinham actividades mais estáveis e que podiam estabelecer prazos mais longos, acabavam tornando-se os trabalhadores melhor remunerados e mais confiáveis. Como era uma condição cobiçada por outros trabalhadores, cujos contratos eram temporários, os trabalhadores que atingiam a condição de estabelecerem contratos a prazo fixo procuravam manter-se nesta condição até o seu término, com o objectivo de terem seus contratos de trabalho renovados, por pelo menos, por igual período do contrato vincendo. Tal situação acabava por tornar o empregado mais comprometido com a empresa e mais leal, de tal modo que, em geral, os trabalhadores que assinavam contratos de trabalho por prazo fixo estabeleciam sólidas relações leais e, portanto, exerciam plenamente o dever de lealdade perante seus patrões. Os trabalhadores que assinavam contratos de trabalho por prazo fixo-descontínuo estabeleciam continuamente relações temporárias, ou seja, exerciam suas actividades laborais por um determinado período de tempo, paravam e começavam em outra data predeterminada. Este tipo de contrato de trabalho foi estabelecido a partir de 1938, em razão do costume de se trabalhar temporariamente nas actividades industriais e na agricultura. Tal situação temporal podia levar o trabalhador a querer passar a condição de ter um contrato a prazo fixo. Nesta condição, o trabalhador acabava por assumir uma postura de maior desempenho e também de maior lealdade. Os contratos de trabalho eventuais ou temporários eram aqueles que se destinavam a atender especificamente determinado serviço, por pouco tempo. Neste tipo de contrato, a menos que o trabalhador não almejasse uma condição melhor dentro da empresa, o dever de

<sup>666</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 135-142.

<sup>667</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 119-124.

lealdade era pouco significativo, pois o objectivo maior era o de atender o que tinha sido estabelecido no contrato. Desta forma, a menos que o trabalhador não desejasse permanecer na empresa por mais tempo, os contratos de trabalho eventuais não permitiam criar uma relação maior de confiança e o dever de lealdade tornava-se não tão importante, como as outras duas modalidades de contratos de trabalho, fixo e fixo-descontínuo.<sup>668</sup>

A Lei do Contrato de Trabalho, de 1944, ao contrário do que podia se pensar, não alterou significativamente a Lei do Contrato de Trabalho, de 1931, de ideologia Republicana, uma vez que, tanto o Franquismo quanto o sistema Republicano espanhol criticavam o Liberalismo económico e a vontade do Estado em agir sempre de modo intervencionista, nas relações laborais, por meio da adopção de leis e regulamentos.

A excepção quanto às coincidências entre as duas Leis de Contrato de Trabalho, a de 1931, Republicana, e a de 1944, Franquista, foi em relação ao tratamento dado às entidades sindicais. A ruptura entre as duas Leis estava relacionada à capacidade do Estado em intervir e regulamentar as relações laborais, uma vez que, a Lei de 1931 permitia a vontade entre as partes, patrões e empregados, por meio da negociação entre seus representantes sindicais, ao invés de apenas ser da alçada do Estado, embora o Estado Republicano elaborava leis laborais e serviam como condições mínimas de negociação. De parte da Lei de 1944 a situação foi outra, uma vez que era imposta a impossibilidade da negociação colectiva, por meio de sindicatos, a menos que somente era possível a melhoria das condições de trabalho, por meio da aprovação de leis, do Estado Franquista.<sup>669</sup>

Verifica-se que, na primeira fase da ditadura Franquista, entre 1939 e 1954, conhecida como fase Autárquica, Espanha, apesar de sua neutralidade na Segunda Guerra Mundial, não recebeu ajuda dos Estados Unidos, por meio do Plano Marshall, do pós-Guerra, pois o Estado era totalitário e a sua neutralidade sempre foi motivo de contestação pelos aliados norte-americanos. Este período marcou pela grande repressão política, pelo controlo Estatal dos mercados interno e externo e a consequente criação de um mercado negro de produtos estrangeiros, que acabou por comprometer toda a actividade económica espanhola. O sistema ditatorial de Franco impunha o dever de lealdade a todos os espanhóis ao regime Franquista, sob pena de morte, a quem incumprisse tal dever.<sup>670</sup>

<sup>668</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 125-135.

<sup>669</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de genero*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 75-77.

<sup>670</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR, FERNANDO: *Breve historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, págs. 401-403; ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *TODO-Contratación laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012,



A partir da Lei do Foro do Trabalho, em 1938, estabeleceu-se uma legislação laboral totalmente submissa às directrizes ditatoriais Franquistas, retirando todo o tipo de intervenção sindical nas negociações laborais<sup>671</sup>. A situação económica da Espanha era de total caos, em face dos resultados catastróficos da Guerra Civil e da epidemia da gripe espanhola, retardando a execução das primeiras medidas proteccionistas ao trabalhador, ou seja, os bons resultados económicos verificados pela neutralidade da Espanha, na Primeira Guerra Mundial, não se repetiram, na Segunda Guerra Mundial.<sup>672</sup>

Após o Foro do Trabalho, aprovou-se, em 1940, a primeira lei de carácter preventivo: O Regulamento Geral de Segurança e Higiene no Trabalho, que somente pôde ser posto em prática pelas empresas anos mais tarde, pois trazia medidas rigorosas preventivas e de higiene para as empresas, cujos os custos de implantação não eram viáveis inicialmente, de tal modo que, o texto da lei determinava os requisitos necessários. Dentre os pontos importantes, a Lei de 1944 estabelecia a presunção do contrato de trabalho por prazo indefinido, a estabilidade de emprego e a proibição da negociação colectiva do contrato de trabalho, por meio dos sindicatos. A consequência da política de emprego do Governo ditatorial de Franco foi a drástica redução do nível de desemprego, apesar dos protestos sindicais e da imprensa, quanto aos valores divulgados pelo Governo.<sup>673</sup>

Desta forma, o Franquismo Autárquico estabeleceu quatro leis fundamentais para as relações laborais, ou seja, Lei do Foro do Trabalho, em 1938, Regulamento Geral de Segurança e Higiene no Trabalho, em 1940, Lei de Bases do Trabalho, de 1942<sup>674</sup> e a Lei do

págs. 99-103; MARTÍN JIMÉNEZ, RODRIGO: *El contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 804-810; DIAZ, PEREZ: *El Contrato de Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 151-153 e MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de genero*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 72-74.

<sup>671</sup> Em 1938, o *Fuero del Trabajo* consagrou uma ampla directriz, segundo a qual se consideraram como *delitos de lesa Pátria* todos os actos individuais ou colectivos perturbadores da normalidade da produção. Nesta declaração, continha, que segundo uma interpretação corrente, a condenação de qualquer espécie de greve. Anteriormente ao *Fuero del Trabajo*, a qualificação jurídica da greve, em Espanha, percorreu as fases, que se consideraram típicas, de uma evolução que se iniciou com a sua *proibição de inspiração liberal e individualista* (Decreto das Coités de Cádiz, de 1813), a que se seguiu o tempo da sua *não ilicitude jurídica penal* (que, no caso, se deve a uma lei de 1909), vindo posteriormente a desenhar-se o *direito de greve* com a lei do contrato de trabalho de 1931. *Revista de la Historia del Derecho de Trabajo*, Biblioteca de la UH, 2011.

<sup>672</sup> PEMÁN, JOSÉ MARÍA: *La historia de España contada con sencillez*, Homo Legens, Madrid, 2012, págs. 294-297.

<sup>673</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 161-164.

<sup>674</sup> A Lei de Bases de Trabalho, de 16 de Outubro de 1942, estabelecia normas reguladoras de elaboração das Regulamentações de trabalho (artigo 15, *in fine*); o regulamento interno de cada empresa – redigida em cada empresa pelo responsável -, devia conter, de forma genérica “*quantas prevenções podem ser úteis para o bom*

Contrato de Trabalho, de 1944, que apesar de proporcionarem certos direitos e garantias aos trabalhadores, retirou-lhes o direito de negociação colectiva, o direito de representação sindical e todos os demais direitos inerentes à actuação sindical, como a proibição de greves, substituindo por uma intervenção Estatal, que arrochou salários, estabeleceu o controlo dos preços dos produtos, mas que comprometeu toda a economia, a partir da criação de um mercado negro. Portanto, entre 1939 e 1954, na fase Franco-autárquica, era obrigatório o dever de lealdade dos trabalhadores perante o Estado e os patrões, a fim de aceitarem as condições laborais impostas pela regulamentação Estatal, que proibia qualquer tipo de negociação colectiva de trabalho, mesmo o rigor os salários, em troca do dever de lealdade do Estado e dos patrões de manterem a contratação por prazo indefinido e a estabilidade de emprego.<sup>675</sup>

A lealdade é determinante nos deveres e obrigações caracterizadas pela posição jurídica do trabalhador, pois tendo como objectivo essencial o bom desempenho da empresa, era justificável todo o tipo de obrigações inerentes à posição de trabalhador, o que seriam inadmissíveis perante a teoria contratualista, obrigando-o a funções extraordinárias em detrimento da família, por exemplo, o que limitaria em suma a sua vida privada, contudo, a fidelização era de facto uma manifestação caracterizadora da concepção comunitarista do poder directivo do empregador que se manifestavam principalmente através da disciplina e do autoritarismo, pois tal era preconizado no parágrafo 1, do artigo 70 da Lei do Contrato de Trabalho de 1944, em que: “*Os trabalhadores deverão fidelidade à empresa em que trabalhem*”, e apesar da referência da pluralidade então existente, persistia o conceito de singularidade da obrigação de *fidelidade* do trabalhador.<sup>676</sup>

Na realidade artigo 70 da Lei do Contrato de Trabalho de 1944 é um claro exemplo da assunção dessa concepção comunitária<sup>677</sup> ao estabelecer esse modelo unitário de relações laborais em que não havia um verdadeiro contrato de trabalho mas uma relação de trabalho extracontratual, considerando o propósito de inclusão na organização da empresa, aliás o que

---

*andamento da empresa e para a manutenção, dentro da comunidade, das relações de lealdade e assistência recíprocas que se devem aos que participam na produção*”, cfr. o (artigo 17).

<sup>675</sup> PEMÁN, JOSÉ MARÍA: *La historia de España contada con sencillez*, Homo Legens, Madrid, 2012, págs. 294-297 e PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 161-164.

<sup>676</sup> DIEGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 11.

<sup>677</sup> DIEGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 24.

se pode verificar por algumas normas franquistas<sup>678</sup>, porém já o incumprimento da referida *fidelidade* supunha uma deslealdade por eventuais subornos ou concorrência desleal por parte do trabalhador, o que conduzia a um despedimento por justa causa conforme o referido preceito legal.<sup>679</sup>

Desta forma, entre 1955 e 1959, o sistema franco-autárquico começou a ruir e, em 1957, um grupo de economistas da *Opus Dei* adentrou ao Governo de Franco e iniciou um processo de gradativa abertura económica e política, denominada de “*tecnocracia*” ou de “*aberturas*”. Este novo modelo pretendia expandir e desenvolver a economia espanhola em moldes capitalistas, influenciada pelos norte-americanos e que se baseava num plano de estabilização económica. Os tecnocratas sabiam que a força de trabalho seria fundamental para alavancar suas pretensões e precisavam afrouxar “*um pouco*” as relações laborais. A ideia era manter o Estado ainda detentor do monopólio de intervenção laboral, porém possibilitar algum nível de negociação laboral, que pudesse incentivar o trabalhador a se tornar a grande mola mestre do impulso económico.<sup>680</sup>

A empresa enquanto comunidade, era uma autêntica fonte de poder, e que legitimava o cumprimento dos objectivos para além dos bem que produzia, ou seja, a lealdade dos trabalhadores implicava e reflectia-se no poder de autoridade do empresário, e daí resultava uma disciplina exercida de forma vertical perante os trabalhadores e perante a sociedade de uma forma geral, sendo que os dispositivos de fidelidade e lealdade eram exteriorizados da empresa.

Até 1958, as relações laborais estavam extremamente condicionadas ao intervencionismo Estatal, por meio do Ministério do Trabalho, que se utilizava de um único Sindicato, que reunia trabalhadores e empresários, denominado de Sindicato Vertical, que era tratada pelo Ministério do Trabalho de Organização Sindical com o propósito de manter a paz nas relações laborais. Era uma outra forma que se revestia o sistema Corporativista. O modelo mostrou certa eficiência, pois conseguiu elevar o nível da produção nacional e a reduzir o nível de desemprego, porém foi às custas de muita repressão e falta de liberdade, não só de liberdade sindical, mas também política. O facto de que havia repressão aos movimentos sindicais, não significava que os conflitos haviam terminado, pelo contrário, eram tão ou mais

<sup>678</sup> A título de ejemplo, na Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942, en el Decreto de 11 de noviembre de 1943. vid. MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 332.

<sup>679</sup> DIEGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs 49 e 55.

<sup>680</sup> PAYNE, STANLEY G.: *España - una historia única*, Booket, Barcelona, 2012, págs. 197-199.

violentos do que os movimentos grevistas da época da libertação das greves, como os que ocorreram em 1947 e 1951.<sup>681</sup>

A aprovação da Lei dos Convénios Colectivos de 1958 resultou no estabelecimento de certa autonomia de negociação entre patrões e empregados, além do sistema estruturado de negociação colectiva foi considerado singular, em relação aos outros países democráticos europeus.<sup>682</sup>

De uma maneira geral, as negociações<sup>683</sup> dos contratos colectivos eram realizadas entre os empresários e os trabalhadores, cada parte era autónoma para propor suas condições. A partir do encerramento das cláusulas contratuais do acordo, o Ministério do Trabalho baixava o acordo como acto administrativo, entrando, assim, em vigor o Contrato Colectivo de Trabalho, com isso, o Estado deixava de controlar as relações laborais.<sup>684</sup>

Pretendeu-se, através de uma aparência relativa, a participação dos trabalhadores nas normas pactuadas, mas, na realidade, o que se pretendia era dissuadir os trabalhadores às respostas de greve, e por outro lado a necessidade de um incremento objectivo da produtividade, ou seja, o que afinal se pretendia era manter os reduzidos salários e garantir o aumento da produtividade, sendo que esta “*eventual*” negociação colectiva caracterizava-se predominantemente pela lealdade ao sindicato vertical, e se não havia acordo nas negociações, era o Ministério do Trabalho que aceitava ou impunha condições, numa clara obediência leal ao Estado.

Em 1967, o Governo de Franco aprovou a Lei Orgânica do Estado, restabelecendo o controlo da regulamentação laboral novamente pelo Estado, até 1975, ano da morte de Franco e término da ditadura.<sup>685</sup>

Observa-se que a década de 1950 resultou em algumas mudanças político-económicas que tornaram possível uma certa abertura, o fim do sistema Autárquico e o surgimento do sistema Tecnocrático, que, com o propósito de estabilizar a economia espanhola, precisou

<sup>681</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 158-160.

<sup>682</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, pág. 155.

<sup>683</sup> "As negociações e conciliações não têm, por si mesmas, por que encobrir renúncias, na medida em que constituem compromissos ou acordos mediante os quais as partes fazem concessões recíprocas. Além disso, enquanto a renúncia estrita 'supõe simplesmente privar-se de um direito certo', figuras como a negociação ou a conciliação significam 'trocar um direito litigioso ou duvidoso por um benefício concreto e certo', MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 16ª Ed., Tecnos Madrid. 1995, pág. 223.

<sup>684</sup> FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, págs. 100-101.

<sup>685</sup> GARCÍA DE CORTÁZAR, FERNANDO: *Breve historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, págs. 413-414.

estabelecer um afrouxamento das relações laborais para que o desenvolvimento pudesse ser sustentável. A saída foi a aprovação da Lei de Convénios Colectivos Sindicais de Trabalho de 1958, que estabeleceu um modelo de negociação colectiva singular, em relação ao resto da Europa Capitalista.

Em linhas gerais, a negociação colectiva de trabalho era desempenhada dentro da Organização Sindical, entre patrões e empregados e os acordos eram homologados pelo Ministério do Trabalho, por meio de actos administrativos, representando o fim da intervenção directa do Governo de Franco. Porém, com o acossamento das manifestações grevistas, oriundas desta liberalização limitada das relações laborais, o Governo de Franco restabeleceu o controlo das negociações colectivas, pela Lei Orgânica de Estado, em 1967, e que perdurou até ao fim do Franquismo, em 1975.

Portanto, entre 1955 e 1967, a Tecnocracia Franquista por meio da Lei de Convénios Colectivos Sindicais de Trabalho de 1958, trouxe a possibilidade de se firmar Contratos Colectivos de Trabalho entre patrões e empregados, restabelecendo a necessidade de se exercer o dever de lealdade não necessariamente mais com o Estado, mas na negociação e no cumprimento do Contrato de Trabalho entre as partes envolvidas. Esta desvinculação do Estado de intervir nas relações de trabalho foi retomada, por meio da Lei Orgânica de Estado, em 1967, restabelecendo a obrigatoriedade do dever de lealdade de todos para o Estado ditatorial de Franco.<sup>686</sup>

Entre 1958 e 1975, anos que representaram o fim do Franquismo, o movimento sindical teve grande actuação, em virtude da necessidade de negociação com os empresários, devido à implantação de medidas governamentais de desenvolvimento, que impunham melhorias nas condições de trabalho; porém, houve maior número de paralisações e greves, que acabavam também reivindicando não só melhorias salariais, mas também maior abertura política e o fim do Franquismo. A Lei Orgânica de Estado de 1967 foi aprovada para reafirmar o Estado ditatorial de repressão, que nunca deixou de actuar, enquanto existiu. A pequena abertura proporcionada pelos Tecnocratas, no final dos anos de 1950, precisou ser reavaliada por Franco, uma vez que as manifestações contrárias ao seu regime começaram a tomar um

---

<sup>686</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 155 e 158-160; FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, págs. 93-101; e GARCÍA DE CORTÁZAR, FERNANDO: *Breve historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, págs. 413-414.

outro rumo e mais violento: surgiam os atentados terroristas, em meados da década de 1960 e se estenderam até após o fim do Franquismo.<sup>687</sup>

A resposta dos trabalhadores e empresários a esta situação caótica foi que os convénios colectivos totalizaram apenas 9,5% do total de convénios colectivos firmados, entre 1958 e 1975.

Desta forma, o efeito das medidas de repressão sobre os trabalhadores e empresários foi muito mais psicológico do que efectivo, em termos de se estipular as bases dos acordos colectivos de trabalho. No final da década de 1960, os convénios colectivos tinham validade anual, em razão de manterem os salários com poder de compra, devido ao aumento de preços e da inflação. Esta curta validade dos convénios acabava representando mais negociações, mais conflitos e mais greves. Os trabalhadores perceberam que todo este quadro passou a incomodar o regime de Franco e as greves também começaram a ser deflagradas por razões políticas. Em 19 de Dezembro de 1973 foi aprovada uma nova Lei sobre Convénios Colectivos, possibilitando acordos bianuais e uma negociação mais livre, entre patrões e empregados, sem muita intervenção Estatal, que podia acontecer em caso de impasse nas negociações, o que obrigava as partes a se submeterem à Arbitragem. Tal modelo estabelecido por esta lei representou o início do Sindicalismo Paralelo, em oposição à Organização Sindical, de Sindicalismo Vertical. Em 22 de Maio de 1975, o Decreto-Lei 5/1975 estabelecia, no término da Era Franco, a possibilidade da deflagração de Greve, caso não houvesse acordo, por meio de mediação, conciliação ou arbitragem e que a Justiça do Trabalho não conseguisse resolver.<sup>688/689</sup>

Observa-se que, entre 1967 e 1975, o regime de Franco restabeleceu um rigoroso controlo nas negociações laborais, porém, com a abertura ocorrida em 1958, os patrões e empregados negociaram sem a intervenção Estatal, uma vez que, os acordos colectivos que tiveram a participação do Estado representaram menos de 10% do total de acordos, entre 1958 e 1975. Em geral, os acordos colectivos tinham validade anual, o que representava uma maior frequência de greves. A resposta de Franco veio com a adopção de uma nova lei de Convénios

<sup>687</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, RODRIGO: *El contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 844-846.

<sup>688</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 171-173.

<sup>689</sup> No mesmo sentido é referido, *que após a guerra civil e a instauração posterior ao regime franquista evidenciou-se um elemento de ruptura evidente na evolução política e social, e como tal uma involução no tratamento jurídico da greve, com a imposição negativa sobre qualquer exercício de autotutela colectiva dos trabalhadores*, citado por QUIÑONES GARCÍA, J. C.: in *Legislación Histórica sobre Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo*, GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M. A. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 111.

Colectivos, em 1973<sup>690</sup>, que apenas ratificou o que na prática já estava acontecendo, ou seja, a negociação colectiva livre do Estado. A amostra da falência do modelo Franquista veio com o Decreto-lei de 1975, antes da morte de Franco, restabelecendo o direito de greve. Portanto, no final do Franquismo, houve uma liberalização das negociações colectivas, representando mais conflitos e mais greves e, assim, o dever de lealdade entre patrões e empregados decaiu, devido ao aumento de conflitos laborais, decorrentes da liberalização das negociações colectivas de trabalho e do restabelecimento do direito de greve.<sup>691</sup>

Terminada a ditadura Franquista, abriu-se o caminho para a democracia na Espanha, com a restauração da dinastia de Borbon.<sup>692</sup>

Cabe aqui um parêntese para que este estudo destaque três leis fundamentais para o regime democrático, para o direito do trabalho e que balizaram os princípios constitucionais para o âmbito laboral e foram as norteadoras para as demais leis que se sucederam ao longo dos anos, até os dias de hoje: a primeira foi a Lei 16/1976, de Relações Laborais, a segunda, o Real Decreto-Lei 17/1977, de 4 de Março, sobre Relações de Trabalho e a terceira, o primeiro Estatuto dos Trabalhadores, de 10 de Março de 1980, estabelecido pela Lei 8/1980. Assim, este estudo faz uma explanação mais detalhada sobre os Contratos de Trabalho Individuais e, em alguns casos específicos, dos Convénios Colectivos, com foco no dever de lealdade, em relação a estas leis, no caso da Espanha.<sup>693</sup>

Em 8 de Abril de 1976, foi aprovada a Lei 16/1976, de Relações Laborais, revogando, assim, a Lei do Contrato de Trabalho, de 1944, e, principalmente, a Lei do Foro do Trabalho, de 1938. A Lei de Relações Laborais de 1976 (LRL, 1976) determinou muitos pontos relativos aos contratos de trabalho individuais.<sup>694</sup>

No sistema de relações laborais que precede o ETE, poder-se-á concluir que a empresa tem como objectivo a prossecução da riqueza através da actividade dos trabalhadores

<sup>690</sup> Ley 38/1973, de 19 de Diciembre: Convenios Colectivos Sindicales (extracto), in *Legislación Histórica sobre Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo*, GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M. A. y RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A., Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 444.

<sup>691</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, RODRIGO: *El contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 844-846 e MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 171-173.

<sup>692</sup> PEMÁN, JOSÉ MARÍA: *La historia de España contada con sencillez*, Homo Legens, Madrid, 2012, pág. 314.

<sup>693</sup> BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 35-36.

<sup>694</sup> ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *TODO-Contratación laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012, págs. 167-188.

utilizando métodos<sup>695</sup> de submissão titulada pelo empresário, e o trabalho circunscrito ao capital, à organização na actividade da empresa.

A Lei das Relações Laborais de 1976 é sem dúvida um passo em frente na legislação laboral espanhola no que concerne aos direitos individuais, em determinou as consequências dos despedimentos ilícitos, presunção directa da contratação sem termo, constituição da FOGASA<sup>696</sup>, prescrição da deslealdade ou abuso de confiança no prazo de 18 meses (artigo 34), etc. Com a entrada em vigor do ETE os deveres dos trabalhadores estão proclamados no artigo 5, ao qual procederemos a uma análise conceptual do dever de lealdade.

Em relação ao direito de greve: determinava-se a nulidade de qualquer cláusula contratual que restringia o direito de greve. Estabelecia-se que o trabalhador em greve suspendia o contrato de trabalho, não tinha direito ao salário, à segurança social, ao benefício do desemprego ou de qualquer outro benefício, porém era mantida a relação laboral e não devia o trabalhador receber qualquer sanção, salvo se praticasse algum acto prejudicial à Empresa. Os trabalhadores deviam respeitar aqueles que não desejassem participar da greve, além de atender à convocação do Comité de Greve, a partir da solicitação dos empresários, em manter em funcionamento à Empresa, a fim de atender às condições mínimas necessárias para não comprometer a Empresa. A publicidade da greve era permitida. Do lado dos empresários, proibía-se a contratação de trabalhadores para substituírem os grevistas, salvo se aqueles trabalhadores convocados, para manterem as mínimas condições de funcionamento da Empresa, não comparecessem à Empresa.

Observa-se que, na RT de 1977, o direito de greve representava, como sempre ocorreu, na quebra de lealdade entre patrões e empregados, de tal modo que, eram nulas as cláusulas contratuais que limitavam este direito, o contrato de trabalho era suspenso, não havia o término da relação laboral, o trabalhador não tinha direito ao salário e nem aos benefícios seguradores. A quebra da lealdade não representa a perda completa da lealdade, uma vez que, não há a ruptura da relação laboral e, durante a greve, devia haver o dever de lealdade do trabalhador em respeitar aqueles que não aderissem à greve, o trabalhador não devia praticar qualquer acto danoso à Empresa e o trabalhador devia atender à convocação da Empresa, para que mantivesse o seu funcionamento. Por outro lado, havia o dever de lealdade do empresário de não contratar trabalhadores para substituírem os grevistas, a menos que os trabalhadores se

<sup>695</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: *Política y Derecho del Trabajo*, Doncel, Madrid, 1976, págs. 41-48.

<sup>696</sup> A FOGASA define-se como um organismo autónomo de carácter administrativo, adstrito ao Ministério do Trabalho e Segurança Social, com personalidade jurídica e capacidade de actuação para o cumprimento dos fins estabelecidos no artigo 33 do ETE.



recusassem em comparecer ao chamamento da Empresa, a fim de mantê-la em funcionamento.

Em relação ao despedimento por justa causa, eram motivos de despedimento disciplinar do trabalhador, resultando em justa causa, as faltas repetidas e injustificadas de pontualidade e de comparecimento ao trabalho; a indisciplina e desobediência aos regulamentos internos e às leis; a falta de respeito aos outros trabalhadores, aos superiores hierárquicos e aos patrões e seus familiares; a fraude, a deslealdade ou o abuso de confiança nas atribuições confiadas; a negligência e o baixo rendimento do trabalho; as negociações comerciais e industriais por conta própria e sem autorização da Empresa; a frequência de embriaguez; a falta de asseio repetido e que incomodasse outros trabalhadores; quando o trabalhador frequentemente provocasse brigas; na participação activa de greves ilegais; nas greves, a não comparência à convocação dos empresários, a fim de manter as condições mínimas de funcionamento da Empresa. Nestas situações, o despedimento era por justo motivo, em que se extinguia a relação laboral, sem direito a qualquer tipo de indemnização. Contudo, caso o despedimento fosse improcedente, o trabalhador tinha que ser readmitido no mesmo posto de trabalho e o empresário devia-lhe pagar todo o salário, que havia deixado de ser pago, do contrário, a readmissão era suspensa e se acrescentaria uma indemnização às verbas rescisórias de readmissão. Esta indemnização estava baseada, entre outras, no contrato de trabalho, antiguidade e expectativas de encontrar um novo posto de trabalho.

Verifica-se que, na RT, de 1977, relacionavam-se os critérios de despedimento por justa causa, que, em suma, representavam uma falta de lealdade do trabalhador em relação ao patrão. Assim, havia a perda completa do dever de lealdade, do trabalhador em relação ao patrão, e o consequente despedimento por justa causa, com o término da relação laboral, caso o trabalhador faltasse constantemente e não justificasse as ausências; caso o trabalhador fosse indisciplinado e desobediente aos regulamentos internos e às leis; caso trabalhador faltasse ao respeito aos outros trabalhadores, aos superiores hierárquicos e aos patrões e seus familiares; caso o trabalhador cometesse fraude, deslealdade ou o abuso de confiança nas atribuições confiadas; caso o trabalhador resolvesse reduzir o seu rendimento no trabalho; caso o trabalhador, por conta própria, negociasse e sem autorização da Empresa; caso o trabalhador se embriagasse frequentemente; caso o trabalhador faltasse com o asseio frequentemente e que incomodasse outros trabalhadores; caso o trabalhador frequentemente provocasse brigas; caso o trabalhador participasse activamente de greves ilegais e, nas greves, caso o trabalhador não comparecesse à convocatória dos empresários, a fim de manter as condições mínimas de

funcionamento da Empresa. Por outro lado, cabia o dever de lealdade do empresário em proceder de maneira correcta e justa, os casos que se configurasse em despedimento disciplinar e por justa causa, uma vez que, o empresário não devia pagar qualquer tipo de indemnização ao trabalhador que, caso fosse despedido sem justo motivo, o trabalhador devia ser readmitido e conduzido para o mesmo posto ou, no caso de não ser readmitido, recebia uma indemnização.

Em relação ao despedimento por incapacidade técnica do trabalhador ou funcionamento da Empresa, eram motivos de despedimento causados pela incapacidade do trabalhador ou necessidade de funcionamento da Empresa: a inépcia do trabalhador; a falta de aptidão às novas tecnologias; a extinção do posto de trabalho e não se conseguia a readaptação em outro posto de trabalho; quando o trabalhador atingia 35% do tempo de trabalho, em faltas justificadas, por ano. Nestes casos, o empresário era obrigado a comunicar por escrito a dispensa do trabalhador e relacionar os motivos; pagar as indemnizações; o trabalhador devia permanecer de aviso prévio por um, dois ou três meses, caso estivesse na Empresa por até um ano, de um até dois anos ou se acima de dois anos, respectivamente; os sindicatos deviam ser comunicados se os representantes sindicais fossem dispensados. Os trabalhadores de aviso prévio tinham direito a uma licença de 6 horas semanais, a fim de buscar outra colocação no mercado de trabalho. A indemnização resultante deste tipo de despedimento resultava de uma semana de salário por cada ano trabalhado e, assim, terminava o Contrato de Trabalho. Os despedimentos improcedentes gerava readmissão e devolução das indemnizações ao empresário, que, por sua vez, não readmitisse o trabalhador, pagaria uma indemnização complementar, fixada pelo Tribunal do Trabalho.

Nota-se que, na RT, de 1977, em relação ao despedimento por incapacidade técnica do trabalhador ou funcionamento da Empresa, estava configurado o dever de lealdade do patrão em relação ao trabalhador, uma vez que, eram situações que fugiam ao controlo do trabalhador e dependiam da avaliação criteriosa da Empresa, agindo, assim, com lealdade, na dispensa sem justo motivo. Portanto, na RT de 1977, o dever de lealdade operava-se do patrão ao trabalhador, em relação ao despedimento por incapacidade técnica do trabalhador ou funcionamento da Empresa, caso a Empresa constataste à inépcia do trabalhador; a falta de aptidão do trabalhador às novas tecnologias; a extinção do posto de trabalho e sem a possibilidade de reaproveitamento do trabalhador; caso trabalhador atingisse 35% do tempo de trabalho, em faltas justificadas, por ano. Nestes casos, era dever de lealdade também do empresário que fosse feita a comunicação por escrito, relacionando os motivos; o empresário

devia pagar as indemnizações; a Empresa devia conceder ao trabalhador até 3 meses de aviso prévio, com redução da carga horária semanal em 6 horas; o patrão devia comunicar ao sindicato, os representantes sindicais que fossem dispensados; o patrão devia pagar uma indemnização ao trabalhador dispensado sem justo motivo, pagando uma semana de salário por cada ano trabalhado e, desta forma, findava-se o contrato de trabalho e a relação laboral. Caso o empresário procedesse de maneira desleal, que o despedimento fosse improcedente, a Empresa devia readmitir o trabalhador, que, por sua vez, devia restituir a indemnização ao empresário, que, por sua vez, caso não readmitisse o trabalhador, devia lhe pagar uma indemnização complementar, fixada pelo Tribunal do Trabalho.

Era estabelecido o direito de greve e a alteração da Lei de Convénios Colectivos Sindicais de Trabalho, de 19 de Dezembro de 1973, com o propósito de uniformizar a legislação.

Observa-se que os Convénios Colectivos<sup>697</sup> podiam tratar de se evitar o conflito laboral e a greve, e caso fosse negociado um pacto, durante o estado de greve<sup>698</sup> ou mesmo durante a greve, este pacto tinha força de um Convénio Colectivo. Portanto, pela RT, de 1977, havia o dever de lealdade entre patrões e empregados, a fim de se buscar um entendimento, antes de se deflagrar uma greve, cujos procedimentos podiam estar relacionados nos Convénios Colectivos, que se não fossem firmados durante a greve, mas os pactos estabelecidos tinham força de Convénios Colectivos.

Observa-se que, pela RT, de 1977, devia ser exercido o dever de lealdade por todas as Empresas e trabalhadores envolvidos nas negociações dos Convénios Colectivos, de tal modo que se estabelecia a aplicação dos princípios da boa fé e da recíproca lealdade, entre patrões e trabalhadores, do início até o término das negociações laborais. Caso os empresários agissem de má fé, estes podiam receber sanções e os trabalhadores tinham direito à greve. Caso os trabalhadores agissem de má fé, as negociações podiam ficar suspensas por até 6 meses e se validava o Convénio Colectivo anterior. Cabia o exercício do dever de lealdade da Autoridade Laboral, no caso de interpretação correcta dos Convénios Colectivos e o dever de lealdade das Inspeções de Trabalho, quando fiscalizassem o cumprimento dos Convénios Colectivos.

O ano de 1978 marcou a aprovação, em 29 de Dezembro, da Constituição Espanhola (CE, 1978), actualmente em vigor. De um modo geral, para o âmbito laboral, esta Constituição determina a autonomia colectiva, a liberdade da empresa diante da economia de

<sup>697</sup> ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *TODO-Contratación laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012, págs. 188-199.

<sup>698</sup> O estado de greve refere-se da data de anúncio da greve até o dia de início da greve.

mercado e a garantia individual e colectiva dos trabalhadores. Constatase que, em 1978, com a promulgação da CE, determinou-se uma série de direitos ao trabalhador espanhol, representando, assim, no dever de lealdade do Estado para o trabalhador para lhe garantir o direito ao trabalho e ao pluriemprego; o direito ao descanso suficiente e as férias, ambos remunerados; o direito à Assistência Social, por meio de uma Segurança Social; o direito de sindicalização livre; o direito à negociação colectiva; o direito à participação nas empresas e o direito de greve, de entre os principais direitos do trabalhador.<sup>699</sup>

A partir dos direitos individuais e colectivos dos trabalhadores, a CE determinava que uma legislação complementar seria elaborada, a fim de regularizar todos os direitos dos trabalhadores e foi isso o que aconteceu: em 10 de Março de 1980, promulgou-se o primeiro Estatuto dos Trabalhadores da Espanha (ETE), que constituiu na primeira norma de cunho constitucional para as relações laborais, abrindo espaço para as demais leis que aperfeiçoariam as relações laborais, em Espanha. Desta forma, o dever de lealdade do Estado para os trabalhadores, para regularizar os direitos constitucionais individuais e colectivos foi cumprido, a partir da promulgação do primeiro Estatuto dos Trabalhadores da Espanha (ETE), em 1980.<sup>700</sup>

Observa-se que, pelo ETE de 1980, o contrato de trabalho estabelecia dois modos de dever de lealdade: o dever de lealdade da Empresa com o trabalhador, em estabelecer um conteúdo contratual, conforme a legislação e o Convénio Colectivo da categoria profissional do trabalhador; além do reconhecimento do contrato de trabalho e todo o seu entendimento, como direitos básicos do trabalhador. Por outro lado, o Contrato de trabalho estabelecia o dever de lealdade do trabalhador com a Empresa, a fim de cumprir as obrigações contratuais, agir pelos princípios da boa fé e desempenho da função.<sup>701</sup>

No ETE, estabelecia-se o dever de lealdade das Empresas para os menores de idade, a fim de não se admitir menores de 16 anos de idade, salvo em espectáculos nocturnos e com autorização por escrito; e, para os menores de 18 anos de idade, a Empresa devia ser leal em

<sup>699</sup> GARCÍA BERNAL, CARMEN: *Primer Libro. Estudio de la Constitución Española de 1978*, Editorial Vértice, Sevilla, 2012, págs. 51-53 e 61-65.

<sup>700</sup> BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 44-48.

<sup>701</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 201-202.

não colocá-los em actividades nocturnas, insalubres, penosas, nocivas, perigosas e nem realizar horas extraordinárias.<sup>702</sup>

O contrato de trabalho podia ser por escrito ou verbal e a presunção era admitida, a partir do pagamento pelo serviço prestado. Os contratos de trabalho por escrito deviam ser exigidos por qualquer parte e se destinavam, principalmente, à formação, por tempo por obra ou serviço determinado, com duração acima de 4 semanas; ou, ainda assim, nos trabalhos por tempo parcial, em práticas, a domicílio e os trabalhos no exterior, de Empresas espanholas. Caso não houvesse a formalização, presumia-se por tempo indefinido, a menos de prova de trabalho temporal. Desta forma, pelo ETE, estipulava-se o dever de lealdade entre patrões e trabalhadores na exigência de se estabelecer um contrato de trabalho, principalmente, em actividades de formação ou práticas profissionais e os demais trabalhos temporais, do contrário, presumiam-se por prazo indefinido.<sup>703</sup>

Determinava-se a solidariedade de cada elemento do grupo, em seus direitos e deveres; admitia-se um representante do grupo de trabalhadores, que estava responsável pelo grupo e se fosse admitido um ajudante para auxiliar o trabalhador, o ajudante estava subordinado também ao empregador do trabalhador, ou seja, havia o dever de lealdade solidariamente entre todos os elementos de um grupo de trabalhadores contratados.<sup>704</sup>

Estabelecia-se o dever de lealdade da Empresa com os jovens de até 2 anos formados, no estabelecimento de um contrato de trabalho em práticas, a fim de lhes proporcionar aprendizado prático, naquilo que estudou; o dever de lealdade da Empresa aos menores de 18 anos de idade e até 16 anos de idade, na elaboração de um contrato de trabalho para a formação, a fim de auxiliá-los nos estudos. Em ambos os casos, havia o dever de lealdade da Empresa em acrescentar o tempo de aprendizagem ao tempo de prova e antiguidade.<sup>705</sup>

No ETE, definia-se o trabalho a tempo parcial como o executado por determinado número de dias por ano, por mes ou por semana, ou o executado por até 2/3 do total de horas

---

<sup>702</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 202-203.

<sup>703</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, pág. 204.

<sup>704</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, pág. 205.

<sup>705</sup> MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Editorial Comares, Granada, 2012, págs. 206-297.

trabalhadas normalmente, de tal modo que, o benefício de Segurança Social podia ser pago proporcionalmente às horas trabalhadas. Portanto, pelo ETE, impunha-se à Empresa o dever de lealdade em estabelecer o contrato de trabalho a tempo parcial aos trabalhadores que não executassem suas tarefas em tempo integral, por dia, por semana, por mês ou por ano.

Devia haver dever de lealdade da Empresa para estipular o tempo de experiência e a sua duração máxima e, caso não fosse estipulado prazo de término do contrato, presumia-se por tempo indefinido.<sup>706</sup>

Não se determinava qualquer tipo de discriminação nas relações laborais, envolvendo retribuições, jornadas, sexo, origem, estado civil, raça, idade, condição social, religião, política, sindicalização, parentesco com trabalhadores da Empresa ou dialectos do espanhol, salvo se houvesse alguma restrição imposta por lei, relacionadas ao trabalhador idoso, capacidade laboral restritiva ou relativas ao primeiro emprego e estabeleciam-se que os registos particulares do trabalhador se destinavam apenas à protecção da Empresa e dos demais trabalhadores da Empresa, de tal modo que se dava prioridade à dignidade e intimidade do trabalhador, bem como se impunha ao trabalhador a obrigação de observar as normas sobre segurança e higiene e, ao empresário, a obrigação de facilitar a formação prática e adequada de segurança e higiene para o trabalhador.

Determinava-se ao trabalhador a obrigação do exercício da actividade pactuada em contrato, de modo eficiente e colaborador, que podia ser adoptado um controlo maior por parte do empresário, em cumprimento ao trabalho executado. Trabalhadores e empresários deviam actuar dentro dos princípios da boa fé, e implicitamente obrigações aos empresários de não discriminação ao trabalhador, de tal modo que o empresário devia lealdade ao trabalhador para não discriminá-lo nas relações laborais, a menos que existissem restrições legais, relacionadas ao trabalhador idoso, capacidade laboral restritiva ou relativas ao primeiro emprego. Além disso, havia o dever de lealdade recíproco entre patrões e empregados em relação aos dados dos empregados, pois o trabalhador devia fornecer seus dados particulares e a Empresa devia utilizá-los de maneira a respeitar a dignidade e a intimidade do trabalhador, mesmo que estes dados servissem à protecção da Empresa e dos demais trabalhadores. Outra situação de reciprocidade do dever de lealdade entre patrões e trabalhadores, como derivado do contrato de trabalho, era a obrigação do trabalhador de observar as normas sobre segurança e higiene e, ao empresário, a obrigação de facilitar a formação prática e adequada de

---

<sup>706</sup> BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 73-75.

segurança e higiene para o trabalhador. Por fim, estabelecia-se a reciprocidade dos princípios da boa fé nas relações laborais, entre patrões e empregados.<sup>707</sup>

A legislação laboral que se seguiu em Espanha até os dias de hoje, baseou-se na Lei 16/1976, de Relações Laborais, a segunda, o Real Decreto-lei 17/1977, de 4 de Março, sobre Relações de Trabalho, a Constituição Espanhola, de 29 de Dezembro de 1978 e o primeiro Estatuto dos Trabalhadores, de 10 de Março de 1980, estabelecido pela Lei 8/1980.<sup>708</sup>

### **8. A representação “leal” enquanto elemento acessório nas relações colectivas**

No âmbito das relações colectivas de trabalho, exige-se do empregador que disponha ao sindicato da categoria profissional e de informações necessárias e que verdadeiras sobre a condição económica, financeira e técnica da empresa, sempre que à pauta de reivindicações, formulada pelos trabalhadores, for oposto obstáculo dessa ordem.

Enquanto a boa fé subjectiva remete ao consentimento, a boa fé objectiva traduz-se em lealdade, na honestidade de propósitos que deve nortear as relações jurídicas nas relações entre trabalhadores, empregadores e representações de trabalhadores.

Assim a legislação estudada contém os preceitos no sentido de que, os contratantes são obrigados a guardar, assim na preparação, âmbito negocial, como na sua execução, os princípios de probidade e boa fé.

A assimetria ou desigualdade presente nas relações colectivas não permite a *des-lealdade* de qualquer dos seus sujeitos individuais ou colectivos, revelando-se a conduta leal na interacção com o outro pólo da relação intersubjetiva, e com o próprio instituto jurídico de que se servem os actores sociais, pois as entidades do direito não se prestam a outros escopos senão aos fins sociais para os quais foram concebidos.

A doutrina espanhola é perfeitamente lúcida<sup>709</sup> e explica que o ETE dispõe no artigo 89<sup>710</sup>, que “*ambas as partes estão obrigadas a negociar sob o princípio da boa fé*”, repetindo

<sup>707</sup> BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 80-83.

<sup>708</sup> DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008, págs. 43-44.

<sup>709</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 686-687.

<sup>710</sup> *La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación, que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del Convenio y las materias objeto de negociación. De esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del Convenio.*

*La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un Convenio ya vencido, sin perjuicio de lo*

uma regra por todos conhecida do direito contratual, com a finalidade de refrescar a memória das partes para obtenção um acordo justo. No entanto, ele entende que esse dever de negociar de boa fé do Direito do Trabalho é mais amplo do que aquele dever de boa fé previsto no Direito Civil, manifestando-se principalmente: a): no próprio dever de negociar, b): no dever de informação e c): na proibição de violência.

Para o referido autor, o dever de negociar no direito espanhol não é o mesmo que o “*duty to bargain*” presente no direito norte americano, mas a boa fé na elaboração dos convênios colectivos implica que na mesa negociadora devem fazer-se todos os esforços que estejam nas suas mãos para chegar a um final positivo, ou seja, a simples troca de correspondências, ou de proposições escritas, não é suficiente, devendo cada parte explicar as suas atitudes de forma razoável, justificando as negativas com dados precisos. Na verdade, a boa fé nas negociações colectivas significa evitar posições absurdas, negativas ou desestabilizadoras. O dever de negociar de boa fé não inclui a obrigação de contratar, mas obriga a uma conduta leal e honesta nas negociações.

Regista ainda, que o dever de negociar de boa fé não se acaba com a assinatura do convénio, levando, ao contrário, a uma negociação permanente, dinâmica, disposta a resolver todos os conflitos surgidos na aplicação do mesmo.

Explica ainda este autor que, em Espanha, os negociadores também dispõem de informações da empresa, facilitadas por meio das representações unitárias e dos delegados sindicais. Ele entende que o dever de negociar de boa fé na negociação colectiva vai mais além do habitual na negociação dos contratos privados, porque o ambiente normativo no qual deve ser interpretada aquela boa fé é muito diferente do normal. Não teria sentido que o legislador obrigasse o empresário a submeter informações abundantes aos usuais agentes de negociação e de representação na empresa e em seguida permitisse que o empresário se negasse a fornecer os dados a uma comissão que exercita o direito constitucional à negociação colectiva. O incumprimento pelo empresário desse dever deve sofrer uma punição por infracção administrativa grave<sup>711</sup>. Aliás a perspectiva colhida pelo CTP que determina o apoio cabal<sup>712</sup> na sanção que a lei estabelece para as condutas “*anti-negociais*” dos sujeitos

---

*establecido en los artículos 83 y 84, en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente. Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.*

*En los supuestos de que se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquellas.*

<sup>711</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 688-689.

<sup>712</sup> MONTEIRO, FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 2007, pág. 736.



colectivos: trata-se de medidas de reposição da dinâmica negocial normal, visando fazer frustrar os objectivos das referidas condutas.

Em Portugal, na matéria das convenções colectivas de trabalho é dominada, em termos dogmáticos, pelo princípio da autonomia<sup>713</sup>, uma vez que as partes são livres para propôr e aceitar. No entanto, a liberdade contratual colectiva têm algumas limitações que parecem interferir com a própria liberdade de negociar, sendo que as partes devem respeitar, no processo de negociação colectiva, o princípio da boa fé, com especificações, sendo relevantes a honestidade pela via leal das negociações, bem como os representantes das partes devem fazer oportunamente as necessárias consultas aos interessados cujos interesses representam e não podem invocar essa necessidade para obterem a suspensão ou interrupção do curso do processo, ou seja, e insiste-se, um tratamento leal entre partes.

Menezes Cordeiro explica que, de entre esses diversos deveres, sobressai o de observar a boa fé, em razão de sua amplitude, havendo evidente paralelo com a boa fé *in contrahendo* do Código Civil, e assim a boa fé surge como conceito indeterminado, com fortes representações histórico-culturais subjacentes e uma aptidão de princípio para acompanhar os progressos mais recentes da Ciência do Direito. Sendo conceito indeterminado, ela necessita de preenchimento com valorações para operar no caso concreto, sendo particularmente vocacionados para intervir na concretização da boa fé os valores fundamentais da ordem jurídica, em especial os relevantes na área jurídica envolvida, no caso, o Direito do Trabalho.

Muito embora as convenções e acordos colectivos propaguem normas de carácter geral voltadas para a regência abstracta das relações de trabalho, detém eles, inequivocamente, um componente contratual, pois são fruto de um acordo de vontades entabulado entre duas partes distintas e autónomas, quais sejam, a empresa ou entidade empregadora, de um lado, e o sindicato, de outro.<sup>714</sup>

O respeito da boa fé não tem só uma vinculação no âmbito da negociação colectiva das partes envolvidas, sejam empregadores, representantes dos trabalhadores e entidades envolvidas na concertação social, mas, e sendo que estas negociações vão determinar normas reguladoras das relações de trabalho através de uma autonomia colectiva e interesse social,

<sup>713</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra 1999, págs.268-269.

<sup>714</sup> "De un lado, [el convenio colectivo] es un acuerdo o contrato entre las partes trabajadora y empresarial, acuerdo que, por lo pronto, crea unos derechos y deberes (la llamada <> del convenio colectivo) entre las partes que conciertan el pacto. Pero, al mismo tiempo, el convenio colectivo tiene eficacia normativa, [pues] tiene por fin el establecimiento de las condiciones a las que han de someterse los contratos individuales". MONTROYA MELGAR. A.: *Derecho del Trabajo*. 28ª Ed., Madrid, Tecnos, 2007. pág. 155.

devem conceptualizar uma vinculação orientadora que vise orientar os sujeitos colectivos através de negociações leais e honestas.

Após o início das negociações, e considerando todas as deliberações consignadas em acta e assinadas pelas partes, devem as mesmas reger-se pelo princípio da boa fé<sup>715</sup>, respeitando sempre o dever de negociar, sendo que esta garantia não surge principalmente de uma “*garantia sindical*”, isto é, como meio de tutela e de apoio à reacção do sindicato, mas sim uma forma de favorecer a produtividade ou eficiência da negociação.<sup>716</sup>

O conflito colectivo é assim definido por Olea como: “*Toda discusión o controversia manifestada externamente entre empresarios y trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo*”, ou seja, se existem conflitos é por que existiram interesses afectados, sejam eles plurais (cada trabalhador tem um interesse concreto que apresenta semelhanças aos interesses de outros trabalhadores), ou – colectivos propriamente ditos, quando afectam os interesses gerais dos trabalhadores considerados que são como um conjunto homogéneo.

Ora, o que aqui se afere é o dever de negociar de boa fé, e em consonância com o estabelecido pela Recomendação de 1981 da OIT sobre o nº 163, impõe que: “*Em toda a negociação colectiva as partes devem conferir aos seus negociadores os respectivos mandatos necessários para conduzir e concluir as negociações sob reserva de qualquer disposição relativa a consultas no seio das suas organizações. Em qualquer caso, deverão fundar suficientemente as posições que assumam na negociação. As partes deverão intercambiar informações necessárias com o fim de facilitar um desenvolvimento normal do processo de negociação colectiva. Tratando-se de informação confidencial, a comunicação tem implícita a obrigação de reserva, cujo desconhecimento fará incorrer em responsabilidade quem incumprir*”.

Perante esta disposição, é de apreciar o alcance abrangente que o legislador outorga ao princípio da boa fé, que nada mais é que na obrigação dos sujeitos das relações laborais ao sentarem-se na mesa das negociações, tenham para além do mandato de negociar, do dever de fundamentar as posições assumidas e na troca de informações para facilitar o processo de negociação, a obrigação nuclear de assumirem uma atitude negocial, leal e honesta, aos princípios das relações colectivas.

<sup>715</sup> Conforme assinala, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUITIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 357, (...) manifestaciones de la buena fe en la negociación son, por ejemplo, los deberes genéricos de que en las deliberaciones exista un mínimo intercambio de ofertas y contraofertas; que se proporcione explicación o información de apoyo de las propuestas y de las negativas; que se guarde un comportamiento leal hacia la otra parte, etc. ”.

<sup>716</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina Coimbra, 2007, pág. 736.

Convém realçar que a boa fé implícita e genérica nas relações colectivas, engloba uma série de actos que os sujeitos negociadores devem ter em consideração por forma a cumprir o mandato legal para o qual foram incumbidos, pois, e afinal, a doutrina *iuslaboral* vem sustentando que nesta dicotomia, o dever de negociar de boa fé comporta para os sujeitos não só a obrigação de assumir uma conduta leal e franca, mas também e sobretudo a realização de actos concretos.

Poder-se-á analisar no ETE que a comissão paritária, que integra trabalhadores e os empregadores designados pelos sujeitos negociadores dos convénios colectivos, devem consolidar na sua composição o princípio da proporcionalidade representativa, de forma a salvaguardar eventuais impugnações, e têm como objectivos não só a administração, gestão e interpretação do convénio, mas e sobretudo vigiar o seu leal e fiel cumprimento, e no caso de resolução de eventuais discrepâncias deve pautar a mesma atitude de forma leal e ética.

O mesmo propósito surge, de forma mais abrangente no CTP, intensificando através da boa fé, enquanto instituto nuclear da negociação, a celeridade, a consulta às partes de forma transparente e a faculdade de consulta de elementos e /ou informações que sejam solicitadas, tendo como valor intrínseco uma interacção leal de todos os sujeitos envolvidos.

O primeiro e principal princípio atinente à negociação colectiva é o princípio da autonomia colectiva, que é uma derivação do princípio da liberdade sindical, consagrado internacionalmente pelas Convenções 87 e 98 da OIT, sendo que cabe ao poder público, zelar pela garantia dessa esfera liberdade do “*mundo*” sindical, na condição de defensor do interesse colectivo, de modo que caberá a ele reconhecer a nulidade do resultado, normativo ou não, de qualquer negociação desencadeada sem a manifestação desse conteúdo mínimo democrático, tendo como corolário o princípio da boa fé.

Em Portugal, vinte e seis anos depois de criado<sup>717</sup> Conselho Permanente de Concertação Social (CPCS), é hoje em dia uma instância que permite uma participação relevante das confederações sindicais e empresariais na definição da agenda e do conteúdo substantivo das políticas públicas mas que, até agora, revelou uma reduzida influência na contratação colectiva de trabalho.

O diálogo social em sede de concertação social é um elemento muito importante no processo de criação de condições para a negociação colectiva sectorial e para a celebração de acordos consensuais e de “*geometria variável*”, no sentido referido, mas considera que o

<sup>717</sup> Emprego, Contratação Colectiva de Trabalho e Protecção da Mobilidade Profissional em Portugal - MTSS/GEP - Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social (MTSS), 2011.

diálogo social tem limites que não devem ser ultrapassados, sob pena de este sistema poder invadir áreas de competência próprias dos órgãos de soberania, designadamente da Assembleia da República.

O sistema de diálogo tripartido deve ter como finalidade a transparência leal e objectivo essencial a promoção do diálogo permanente, o qual tem um valor próprio não negligenciável na busca de soluções para os problemas que os trabalhadores, as empresas e o país enfrentam, devendo situar-se preferencialmente a jusante da decisão política e da actividade legislativa do Governo e, em especial, da Assembleia da República, sem embargo de lhe ser reconhecido um papel na indicação de grandes medidas de carácter estratégico.

Por isso, como lembra respeitada doutrina, a concertação social comporta um processo de encontro e negociação política entre o poder público e a autonomia colectiva *“como resposta às exigências de governabilidade das sociedades complexas e correcção do esquema constitucional clássico precedente da tradição liberal”*.<sup>718</sup>

Ou seja, o diálogo e a Concertação podem revelar-se especialmente eficazes na identificação de necessidades (nomeadamente legislativas) e na regulação das relações económicas e sociais (promoção da negociação colectiva, aplicação das leis laborais, promoção do diálogo e da negociação nas empresas, etc.), potenciando, por esta via, o desenvolvimento e a competitividade, respeitando e promovendo a coesão social e a solidariedade.

Em Espanha, os poderes públicos são também protagonistas nas relações laborais, aliás a similitude dos dois países ibéricos não é relevante, porém convém verificar o princípio da autonomia como determinação nuclear na área colectiva das relações laborais; não devendo ser excessiva deve, isso sim, limitar-se ao cumprimento das regras de garantia dos direitos laborais, da própria aplicação e cumprimento dos convénios colectivos e proporcionar a garantia do princípio da defesa e da tutela judicial.

A relevância social do conflito colectivo é bastante significativa, na medida em é da essência das relações laborais, pois a negociação colectiva que tem no conflito latente ou ostensivo a sua causa é não apenas uma técnica de produção de normas, mas ao mesmo tempo, um método de superação de conflitos actuais ou potenciais envolvendo, assim, um processo jurídico e uma dinâmica social. Por isso, pode-se afirmar que a realidade dos conflitos impele o convénio colectivo.

---

<sup>718</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. et al. : *Derecho del Trabajo*. Madrid, 1998, pág. 596.

Preconiza a doutrina espanhola<sup>719</sup> que: *“junto al Derecho elaborado por el Estado o por organismos supranacionales o internacionales, el ordenamiento laboral conoce desde la etapa de su formación otra fuente de origen profesional, que es el convenio colectivo. En cuanto fuente de Derecho del Trabajo el convenio colectivo procede de la autonomía colectiva o poder normativo reconocido conjuntamente a los representantes de los trabajadores y empresarios. La asunción o reconocimiento del convenio como norma jurídica tiene lugar en los artículos 37.1 CE y 82.2 ET. El primero ordena al legislador garantizar el .derecho a la negociación colectiva laboral (...) así como la fuerza vinculante de los convenios. Esta fuerza vinculante es propia de las normas jurídicas en virtud del artículo 82.3 ET que atribuye a los convenios regulados en dicha ley fuerza de obligar de manera general y abstracta (todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación), sin incorporar sus regulaciones a los contratos de trabajos afectados (durante el tiempo de su vigencia); así lo viene entendiendo la jurisprudencia (TC 58/1985, de 30 de abril; TS de 5 de noviembre de 1982 y 11 de mayo de 1992)”*.

Quanto à doutrina portuguesa é também uma realidade marcante.<sup>720</sup>

Porém, cabe realçar nesta epígrafe que a negociação colectiva, para além de ser um veículo de elaboração de normas reguladoras, é também e sobretudo uma forma de resolução de conflitos, e enquanto tal, os sujeitos colectivos não podem, ou não devem, por em causa uma negociação, que para além de vir a regular relações entre as partes, assumem uma relevância social que é determinante para uma conduta leal, em todas as fases da negociação.

Ou seja, sendo que a lealdade é a qualidade, acção ou procedimento de quem é leal, fiel, sincero aos seus compromissos, é esta conduta que se exige aos parceiros nas relações colectivas. O legislador espanhol impõe ao trabalhador o dever de boa fé contratual como corolário específico vincado pelo artigo 1258 do CCE como prerrogativa geral, assinalando os eventuais incumprimentos do estabelecido a que este dever está adstrito, implicará consequências para quem o violar, ou seja, remete para o número 2, *in fine*, do artigo 20 do ETE a reciprocidade do cumprimento e obviamente das consequências do incumprimento.

Vislumbra-se dos preceitos enunciados que tanto o trabalhador quanto o empregador se obrigam através da boa fé a actuar de forma leal, honesta e correcta, em cumprimento das obrigações assumidas e perante os direitos e deveres contratualmente assumidos<sup>721</sup>, sem que

<sup>719</sup> MARTÍN VALVERDE, A. et al.: *Derecho del Trabajo*. Madrid, Tecnos, 2003, págs. 98-99.

<sup>720</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, 1999, pág. 757.

<sup>721</sup> Cfr. SSTs, 4 de Março de 1991, 25 de Junho de 1990, 20 de Novembro de 1989, etc..

contudo se possa concluir das mesmas conclusões um genérico dever de fidelidade<sup>722</sup>, do qual resultaria incompatível com as relações laborais ao nível constitucional.<sup>723</sup>

A doutrina jurisprudencial assinala que a boa fé contratual a que se refere o número 2, do artigo 54 do ETE é a que resulta dos deveres de conduta e comportamento, por força da alínea a), do artigo 5, do referido preceito legal, em relação com o número 2, do artigo 20, e que impõe ao trabalhador a boa fé num conceito objectivo, tal como declarou o Tribunal Supremo na Sentença de 22 de Maio de 1986, e que tal, constitui um modelo de tipicidade de conduta relevante, convertida que é na obrigação de cumprimento através da lealdade, honorabilidade, probidade e confiança.

O contrato de trabalho caracteriza-se pelo facto de confluírem um conteúdo material e pessoal, e daí resultarem que as partes se obriguem reciprocamente ao já referido cumprimento de obrigações, isto é, o trabalhador realiza a prestação e cumpre a actividade laboral sob subordinação jurídica do empregador, e deste modo existem deveres que resultam desta bilateralidade de obrigações.

È consensual na doutrina estudada, que a razão primordial do contrato de trabalho é a permuta económica do trabalho prestado, e como tal e à primeira vista um direito patrimonial, contudo, as relações pessoais inter-relacionadas e subjacentes ao vínculo sinalagmático, e que estão imbuídos com os critérios de produtividade e rentabilidade, impulsionam o comprometimento pessoal do trabalhador.

Apesar da existência de uma eventual “*mistificação enganosa*”<sup>724</sup>, o dever de lealdade é o elemento de ponderação que, não “*entrando*” pela esfera patrimonial induzida pelo contrato de trabalho, consagra o cumprimento leal da relação jurídico-laboral.

A relação de trabalho entre trabalhador e empregador está catalogada de normas jurídicas e com a finalidade jurídica que daí advém, as normas laborais impõem regras de reconhecimento recíproco e por esta razão deve coexistir lealdade de forma a cumprir os preceitos de probidade e honradez, havendo a peculiaridade recíproca de previsibilidade de um incumprimento, que possa ser penalizador para uma das partes.

O dever de respeito e dignidade ao trabalhador, como pessoa que é, tem o direito a ser tratado como tal, ou seja, o empregador deve abster-se de violar a dignidade, e provocar actos

<sup>722</sup> GUANTER DEL REY, S.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, pág. 122.

<sup>723</sup> STC 20/2002, de 28, cfr. cit. no GUANTER DEL REY, S.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, pág. 122.

<sup>724</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales*, Revista de Derecho Social, nº 6, 1999, pág. 15 e ss.

humilhantes ou desvirtuar a actividade do trabalhador, porque se assim não for, está a ser desleal e violador de uma expressão básica e nuclear da relação laboral.

No ponto de vista jurídico o empregador constrói uma relação laboral sobre uma base conformada pela obediência e lealdade de uma pessoa subordinada à sua direcção e autoridade, prevista que está constitucionalmente e laboralmente, contudo, é elementar que não se possa considerar a existência de uma supremacia jurídica fundada e outorgada pela posição de superioridade que detém, porém a reciprocidade prestacional adquire uma prevalência de “*maior peso*” pelo trabalhador.<sup>725</sup>

Porém, esta desigualdade, não pode resultar em submissão ou subserviência do trabalhador, pelo que a lealdade não se pode conceptualizar como um dever genérico das relações laborais no âmbito constitucional, e recordemos o que a doutrina constitucional espanhola proclamou através da sentença 88/1985, ou seja: “*as manifestações de feudalismo industrial repugnam o Estado social e democrático de Direito*”.<sup>726</sup>

Mas, e perante as contingências globalizadas do mercado de trabalho, como manter esta virtuosidade de um trabalhador leal, ou um empregador leal?

O Direito do Trabalho, enquanto ciência jurídica, e perante a eventual contradição identificada na parágrafo anterior, aportam para uma razão inversamente proporcional entre o dever de lealdade ou colaboração e a estabilidade no emprego<sup>727</sup>, o que pode exigir uma menor<sup>728</sup> lealdade ou colaboração do trabalhador precário, perante um trabalhador com vínculo de efectividade.

O dever de lealdade<sup>729</sup> é uma obrigação do empregador perante o trabalhador, que é determinada por uma série de obrigações e responsabilidades, sejam de ordem empresarial ou éticas no campo laboral.

<sup>725</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *Buena fe y ejercicio de poderes empresariales*, Revista de Relaciones Laborales, Tomo II, 2003, pág. 38.

<sup>726</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *Buena fe y ejercicio de poderes empresariales*, Revista de Relaciones Laborales, Tomo II, 2003, pág. 39, citando a referida sentença; assinala-se que o “*feudalismo industrial*” causa repulsa o Estado social e democrático de Direito, talvez persistindo no corte umbilical com a fidelidade servilista do passado.

<sup>727</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 25 e 44.

<sup>728</sup> Em nossa opinião a lealdade não pode ser mensurável, pelo facto de haver mais ou menos lealdade; ou há lealdade ou não há.

<sup>729</sup> “*Si hay una noción de buen empleador, de algún modo simétrico a la de buen trabajador, también habría un deber de lealtad, colaboración y fidelidad del empleador con el trabajador*”, cfr. MONTROYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 61 e 62.

Facto é que a reciprocidade de lealdade entre empregador e trabalhador existe e tal como é referido e que comungamos integralmente: “(...) *existe hoje um movimento pendular tendente a aligeirar a boa fé do trabalhador e a realçar a do empregador*”.<sup>730</sup>

A existência da boa fé por parte do empregador parte do pressuposto de que a boa fé não pode deixar de ter uma exigência de reciprocidade, pelo que se torna indispensável concretizar a existência de um dever de cooperação do empregador perante o trabalhador, e bastará que seja proporcionado ao trabalhador todas premissas necessárias a uma efectiva concretização da sua actividade, e como meros exemplos: uma retribuição digna, diligência e probidade nas obrigações contratadas, e uma ocupação do posto de trabalho sem prazos.<sup>731</sup>

O dever de lealdade existe no Direito do Trabalho, porque há subordinação jurídica através do contrato de trabalho, pretenda-se ou ignore-se, porém é nossa convicção que esta regra jurídica de conduta que nos move é suficientemente implícita que se torna como conceito primordial nas relações laborais.

A subordinação jurídica do trabalhador é na legislação laboral espanhola, considerada aliás de uma forma consensual nos países ibéricos, a contrapartida evidente como característica do poder de direcção, bem como do poder disciplinar que assiste ao empregador<sup>732</sup>, e a legislação laboral intui e faz depreender que o direito do empresário para preservar a autoridade empresarial confere-lhe a titularidade do poder de direcção e do poder disciplinar, ou seja confere um poder potestativo<sup>733</sup> sendo que este poder potestativo compreende a faculdade de poder ordenar as prestações laborais, assim como a de especificar as prestações devidas dentro das possíveis, de acordo com a qualificação profissional dos trabalhadores.

<sup>730</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 34.

<sup>731</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 63.

<sup>732</sup> “(...) *La satisfacción del genérico derecho del empresario, exige que éste por imperativo de la naturaleza de la relación laboral, ostente un haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección), amén de la represión de las conductas ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario)*”, MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 1981, pág. 326.

<sup>733</sup> ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 1981, pág. 266.



### ***9. Reflexão conclusiva do dever de lealdade na formação histórica do contrato de trabalho em Portugal e Espanha***

Após uma análise circunstanciada e comparativa do dever de lealdade na formação histórica do contrato de trabalho, nos países ibéricos, de tal modo que, a menos que alguma informação ainda não tenha sido introduzida neste estudo, as informações já divulgadas não serão novamente objecto de mesmas citações.

Partindo-se da última metade do século XIX, Portugal e Espanha viviam sob o regime monárquico, porém, a monarquia espanhola soube conduzir melhor o país, do que a monarquia portuguesa, pois, dentre outros factores, Espanha começou antes a desenvolver a sua indústria, a partir da chegada de maquinaria têxtil, vinda de Inglaterra, concentrando, inicialmente, na região mais rica do país, ou seja a Catalunha. Apesar deste diferencial, os países ibéricos eram muito pobres, predominantemente agrários e ainda viviam às custas do comércio com as suas colónias.

A exploração desumana do trabalhador era a mesma em ambos os países, até o começo do século XX, porém Espanha saiu na frente em relação a alguma melhoria das condições laborais, envolvendo crianças e mulheres, com a adopção da Lei Benot, de 1873, que limitou a idade de trabalho até 10 anos e proporcionou protecção ao trabalho da mulher. A segunda Lei Benot, de 1878, regulamentou a duração da jornada de trabalho para até 12 horas, proibiu o trabalho nocturno para os menores de até 17 anos de idade e estabeleceu a assistência escolar para todos os menores de até 14 anos de idade. A regulamentação para a formação de sindicatos veio por meio de duas leis inicialmente, em 1868 e 1887, criando a União Geral dos Trabalhadores (UGT). A resposta portuguesa sobre a questão dos conflitos laborais, que já eram comuns, veio em 1891, com a criação dos Tribunais de Árbitros Avindores, que reuniam representantes dos patrões e empregados para a discussão das condições de trabalho; para a protecção do trabalho da mulher e do menor de idade, na indústria; da redução da jornada de trabalho para 8 horas para os manipuladores de tabacos e a possibilidade de formação de entidades sindicais. Em ambos os países, o Estado assumia a condição de regulamentador das relações laborais, o que levaram estes Estados a liberalizar a formação e actuação de entidades sindicais. Portanto, durante o período monárquico dos países ibéricos, até o começo do século XX, era devido o dever de lealdade dos empresários ao menor de idade e à mulher, a fim dos empresários proporcionarem melhores condições de trabalho e o dever de lealdade do Estado

em relação à regulamentação laboral, a fim de facilitar a formação e actuação de entidades sindicais de trabalhadores.

Em relação à forma de contratação laboral, não só em Espanha, mas como também em Portugal, era comum o Contrato por Adesão, em que se estipulava as condições determinadas pelo empresário, ao invés de serem discutidas com os trabalhadores.

Em Espanha, esta situação começou a ser alterada em 1900 com a promulgação da Primeira Lei de Acidentes de Trabalho, que introduziu o conceito de indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores, ou seja, qualquer cláusula contratual, mesmo nos contratos por adesão, era nula, se determinasse a renúncia dos direitos laborais, e além disso, esta lei instituiu a indemnização nos acidentes de trabalho, com a adopção da Teoria do Risco Profissional, ou seja, o risco é inerente ao trabalho realizado e deve ser pago por uma indemnização, em caso de acidente, pelo patrão.

Nas bases do projecto de Azcárate de 1905<sup>734</sup> fazia-se então referência na sua base XV às obrigações empresariais, sendo que as duas primeiras estabeleciam: “*Respeitar em todo o caso a dignidade pessoal do trabalhador e observar nas instalações de indústria os preceitos legais sobre higiene*” e “*A empregar todas as precauções convenientes e os meios adequados (...) para prevenir acidentes (...)*”<sup>735</sup>, que em consonância com este dever empresarial, a base XVI, dedicada às obrigações do trabalhador, assinalava a sujeição deste ao poder de direcção do empresário e às ordens emitidas pelo patrão, e em 1906 o Projecto de Bernabé Dávila, uma cópia fiel do projecto anterior, e que se torna original pelo âmbito de aplicação subjectiva pelo facto de assinalar no seu artigo 14 que “*o patrão ou os seus encarregados e o trabalhador devem-se reciprocamente respeito e consideração*”<sup>736</sup>, tendo havido consecutivamente projectos de lei até ao ante-projecto do Contrato de Trabalho em 1924, de qualquer forma é de realçar que os primeiros laivos, incipientes é um facto, de reciprocidade leal surgem a partir de 1906.

Em 1908, surge a ideia da “*presunção laboral*”, de que a relação laboral existiria, mesmo sem haver contrato de trabalho, ou de adesão, e em Portugal, esta situação modificou-se após a instauração da República, em 1910, com a proibição dos contratos por adesão.

<sup>734</sup> Projecto-lei de Contrato de Trabalho redigido conforme os acordos do Instituto de 11 de Maio de 1905.

<sup>735</sup> MARTÍN VALVERDE A., VALDÉS DAL-RÉ, F., PALOMEQUE LÓPEZ, M., CASAS BAAMONDE, M. E., PÉREZ ESPINOSA, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *La formación del Derecho del Trabajo en España - La Legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pág. 1123.

<sup>736</sup> Sendo esta emenda introduzida e aprovada na sessão do Instituto de 22 de Março de 1905, in Boletín del Instituto de Reformas Sociales, nº 10 (1905), pág. 720.

Portanto, nos países ibéricos, até o começo do século XX, era devido muito mais o dever de lealdade por parte do trabalhador ao empregador, devido a utilização dos contratos por adesão, que impunham as condições laborais, conforme somente as exigências do empresário. A partir do estabelecimento das normas de acidentes de trabalho e da presunção laboral, os contratos de adesão deixaram de existir e o dever de lealdade passou a ser recíproco, entre patrões e trabalhadores.

Observa-se que o período que antecedeu as ditaduras de Franco, em Espanha, e de Salazar, em Portugal, trouxe importantes conquistas aos trabalhadores dos países ibéricos, envolvendo a protecção aos menores de idade e às gestantes, a proibição do trabalho nocturno para as mulheres e aos menores de idade, a redução da duração da jornada de trabalho, a permissão da formação de sindicatos, a instituição do seguro social e o direito de greve. Porém, havia muitas manifestações e a greve era comum, em ambos os países, prejudicando as conquistas laborais e a redução do nível de emprego e de salários. Portanto, antes das ditaduras de Franco, em Espanha, e de Salazar, em Portugal, o dever de lealdade entre patrões e empregados era recíproco na teoria, mas, na prática, não existia, em virtude de grandes manifestações, greves, crescimento do desemprego e de redução dos salários.

As ditaduras de Franco em Espanha, e de Salazar em Portugal, resultaram em retrocesso, nas relações laborais, uma vez que, os sindicatos foram proibidos de existirem e de actuarem, era proibido a greve e tratada como caso de polícia, as condições laborais foram mantidas durante várias décadas e os salários não acompanharam a evolução dos preços. Apesar de ter havido alguma melhoria na produção industrial, devido à redução dos conflitos e a neutralidade de ambos os países, em relação aos conflitos mundiais, mas alinhados aos Estados Unidos, na Guerra Fria, isso tudo não foi suficiente para que os trabalhadores desistissem de seus direitos reduzidos, devido à repressão ditatorial. Portanto, durante as ditaduras nos países ibéricos, era devido muito mais o dever de lealdade dos trabalhadores aos empresários, devido à repressão e a perda de direitos laborais.

Com a queda de ambas as ditaduras, Espanha saiu na frente em relação à retomada dos direitos laborais, ao promulgar duas importantes leis: Lei das Relações de Trabalho, de 1976, e Decreto-Lei sobre Relações de Trabalho, de 1977, que propiciaram o restabelecimento dos direitos laborais restringidos pela ditadura de Franco e que deram condições de incluí-los na Constituição Espanhola, de 1978, ao considerá-los direitos fundamentais, como o direito de formação e actuação sindical, direito de greve, direito de não discriminação e direitos ao trabalho do menor, de entre os principais, que foram restabelecidos pela democracia.

Em seguida, em 1980, instaurou o Estatuto dos Trabalhadores de Espanha, ratificando as conquistas laborais.

Quanto a Portugal, preferiu, primeiramente, suspender os direitos constitucionais dos trabalhadores, até a promulgação de uma nova Constituição, que acabou sendo promulgada, em 1976, e depois promulgou-se o Código do Trabalho Português, em 2003.

Observa-se que os países ibéricos tiveram comportamento distinto, após a queda dos regimes ditatoriais, com o objectivo de enfrentarem as suas respectivas crises económicas e laborais: enquanto Espanha preferiu logo restabelecer os direitos dos trabalhadores e acabou promulgando a sua Constituição, em 1978. Contudo, Portugal suspendeu todos os direitos dos trabalhadores, porém conseguiu promulgar mais cedo a sua Constituição, em 1976, e restabelecer os direitos fundamentais laborais.

Portanto, após a queda das ditaduras, Espanha preferiu restabelecer os direitos laborais, por meio de leis ordinárias, ou seja, após a queda da ditadura de Franco, Espanha restabeleceu o dever de lealdade recíproco, entre patrões e empregados, com o restabelecimento de direitos e deveres de ambas as partes, por meio de leis ordinárias. Após a queda da ditadura de Salazar, Portugal preferiu suspender temporariamente os direitos laborais, até a promulgação de um novo texto constitucional, ou seja, Portugal preferiu não restabelecer imediatamente o dever de lealdade recíproco, entre patrões e empregados, preferindo aguardar a promulgação do novo texto constitucional, ocorrendo em 1976, assim, Portugal restabeleceu constitucionalmente, os direitos laborais mais cedo do que a Espanha.

Resumidamente, os contratos de trabalho tiveram sua evolução simultânea, nos países ibéricos, e o dever de lealdade era exercido exclusivamente pelos trabalhadores.

Contudo, este Capítulo merece um estudo mais aprofundado sobre os aspectos mais relevantes no que concerne à boa fé, mas também e sobretudo uma génese descritiva dos preceitos basilares do dever de lealdade.

A moral medieval valorizava a coragem e a ociosidade de uma nobreza, ocupada com a guerra -, e a fidelidade que era a base do sistema de suserania e vassalagem, o que na perspectiva jurídica, o predomínio de riqueza era a posse de terras, considerava-se ilegal, porque imoral, o empréstimo a troco de juros civis.

Era por conseguinte uma época que se caracterizava pela economia ruralizada, enfraquecimento comercial e sistema de produção feudal, e as relações de trabalho eram baseadas no trabalho servil, onde o vassalo era obrigado a manter fidelidade ao senhor feudal.

O vassalo realizava um juramento de fidelidade ao seu senhor e comprometia-se a umas obrigações, principalmente de apoio político e militar, recebendo como contraprestação um benefício, e que habitualmente se traduzia no controlo e jurisdição sobre a terra e a população do seu feudo, e não mais era que um contrato com obrigações entre as partes, que ficariam sem efeito se uma das partes incumprisse as suas – felonía.<sup>737</sup>

É na Idade Moderna que se valorizará a disciplina do trabalho e, consequentemente, criticar-se-á a ociosidade.

A classe industrial soube se impor, controlando mecanismos de crucial importância para a afirmação da nova ordem capitalista: no plano das relações com os trabalhadores e na regulamentação das actividades produtivas. O proletariado nascente estava longe de possuir uma consciência política da situação. As relações passam a ser mais objetivas, menos dependentes das obrigações, vassalagens e fidelidades típicas do modo de produção anterior, o modo de produção feudal.

É sob a influência grega, que houve uma aproximação da boa fé à *aequitas* (equidade), fórmula de interpretação ou Princípio de Direito útil a orientar o julgador na resolução de casos não disciplinados pelas regras, e posteriormente a partir da Idade Média, incorporou o Direito Romano, pelo contacto com a cultura germânica, a ideia de lealdade e confiança à boa fé, figurando pela primeira vez em uma codificação em 1804, no Código Civil de Napoleão.

Porém, era tido como um valor menor, prevalecendo uma visão individualista pautada na autonomia da vontade, e neste cenário, o Juiz deveria actuar como mero aplicador da lei, a qual pretendia reger todas as hipóteses fácticas, sem qualquer lacuna ou contradição.

Com o Tratado de Versailles existiu uma consolidação, e cada país comprometeu-se a criar normas reguladoras do Direito do Trabalho, seguindo métodos e princípios. O Tratado ocupou-se da questão social, convencendo seus signatários a regulamentar a questão. Criou a OIT, com a finalidade de lutar por condições dignas de trabalho no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido. Significou a humanização das condições de trabalho, auxiliando na busca pela paz social. O tratado foi um sopro estimulante em matéria de legislação laboral. Ele cristaliza o novo espírito, que contribuiu para o aceleramento do processo de regulamentação do trabalho, passando-se posteriormente a um aperfeiçoamento a partir de 1919.

---

<sup>737</sup> Felonía: "de felón. Deslealtad, traición, acción fea"; "felonía", *Diccionario de la lengua española*, 22ª Ed., Real Academia Española, 2001.

Apenas em 1900, com o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch–BGB*), alcançou a boa fé maior reconhecimento, sendo feita, inclusive, a distinção entre suas faces subjetiva e objetiva (*guter glauben* e *treu und glauben*), vindo a influenciar diversas codificações, por todo o mundo, como a portuguesa (1966) e espanhola (1974).

Seguindo a escola alemã, também nos países ibéricos há consenso na doutrina e na jurisprudência<sup>738</sup> sobre a manifestação da boa fé sob duas vertentes diversas, porém complementares: a subjectiva e a objectiva, sendo que a primeira ao *animus* dos sujeitos envolvidos na relação jurídica e ocupa o plano volitivo, de intenções, e é determinante para a invalidade do negócio jurídico, enquanto que a segunda apresenta-se como um "*padrão ético de conduta e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social*", ou seja, o agir de maneira razoável de forma a prejudicar as partes envolvidas.

E é na cultura germânica medieval, que a boa fé obrigacional é traçada numa linha diversa do direito romano, ideia de fidelidade ao pactuado, traduzindo, na referida fórmula *Treu und Glauben*, lealdade e crença -, qualidades ou estados humanos objectivados, sendo que assumia, assim, uma feição de *regra de comportamento social*, necessária ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao "*alter*" ou à colectividade pelo comportamento do que jura por honra.

No campo das relações comerciais ainda incipientes, adquiriu o conteúdo de *cumprimento exacto dos deveres assumidos*, com a necessária observância dos *interesses da contraparte*. a contribuição germânica deu-se no sentido de que, no domínio da boa fé, ocorreu a inserção de um conjunto de novos valores, e tais valores eram relacionados, principalmente, à ideia de boa fé objectiva, como adscrição ao comportamento social, nos seus aspectos de lealdade, vedação da conduta contraditória e exacto cumprimento dos deveres assumidos.

---

<sup>738</sup> TRP 9640603:1999 – Porto: (...) I - Viola os deveres de respeito à entidade patronal, de executar o trabalho com zelo e de lealdade para com esta, o trabalhador bancário que se apropriou de correspondência dirigida à agência bancária onde prestava serviço e ao seu gerente - três avisos postais registados -, que visavam notificá-la de despachos judiciais para efectuar descontos no salário do trabalhador, o que ocasionou a instauração de execução por custas contra o banco. II - A referida conduta, desrespeitando aqueles valores e deveres, criou um clima de desconfiança na relação entre as partes, determinando a impossibilidade da subsistência da relação laboral, mesmo levando em conta o passado profissional do trabalhador (...).

TRP 9910403: 1999 – Porto: (...) I - Constitui falta grave, por violação do dever de lealdade e honestidade, o comportamento do trabalhador que, ao ser contactado ao balcão da Ré para celebração de um contrato de seguro, após na proposta de seguro que o mesmo havia sido por si angariado a fim de conseguir a comissão a que teria direito caso agisse nesta qualidade, o que veio a acontecer. II - Tal comportamento torna impossível a subsistência da relação de trabalho, pela perda de confiança que deve existir nas relações de trabalho, sendo irrelevante o valor desviado (...).

Já no Direito Canónico, a boa fé obrigacional encontrava-se generalizada na legitimação das *nuda pacta*<sup>739</sup>, diluída, sem um papel técnico-jurídico, representando uma categoria sem conteúdo substancial. A Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, conferindo à boa fé o significado de ausência de pecado, e desta forma, considerava-se de que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, fazia-se jurídica, passando-se a admitir que o simples acordo obriga. Agir em boa fé, no âmbito obrigacional do direito canónico, é respeitar fielmente o pactuado, sob pena de agir em má fé, isto é, em pecado, e assume, assim, um conteúdo eminentemente subjectivo.

Com o início do domínio económico, político e intelectual da Igreja Católica durante a Idade Média, a estrutura social foi modificada e, por consequência, todos os ordenamentos jurídicos, em especial, os ditames da boa fé, também foram influenciados pelos dogmas do Cristianismo.

A Igreja atribuiu um valor moral à promessa e a boa fé passou ser entendida como “ausência de pecado”, em contrariedade à má fé, que consistia “no perigo para a salvação eterna”, isto é o Direito Canónico operou a modificação conceitual da boa fé sob o signo da referência ao pecado, numa dimensão ética ou axiológica, e deixou de possuir um sentido técnico preciso e a sua generalização acabou por transformá-la numa categoria vazia de qualquer conteúdo substancial, e foi completamente abandonada a dualidade de conceitos que caracterizava o direito romano.

Já fizemos referência neste trabalho à dogmática subjacente aos critérios que se manifestam através da boa fé, porém, convém realçar o desenvolvimento conceptual dos deveres enquanto critérios de cumprimento dos contratos, recordando, ainda que brevemente as motivações dos legisladores numa época não muito remota, mas que, e contudo alterou o sentido da legislação laboral nos países em estudo.

Em Portugal na era salazarista, previa o Decreto-Lei 49.408 (LCT), de 24 de Novembro de 1969, que, por um dever de lealdade, o empregado não podia negociar por conta própria ou alheia em concorrência com a entidade patronal, ou seja a actividade desenvolvida pelo empregado não deve ser prejudicial à actividade do empregador, como desvio de clientela, de *know-how*, além de que a lisura, urbanidade e respeito presumia uma atitude de fidelidade à entidade patronal.

---

<sup>739</sup> As *nuda pacta* seriam os acordos meramente consensuais, desprovidos de formalidades, que o direito canónico emprestava efeitos jurídicos. O emprego da boa fé teve, neste caso, importante papel subversivo na desformalização dos contratos da era romana, pois trazia a ideia de que “a promessa obriga”.

Em Espanha o *Fuero del Trabajo* (1938), uma imitação da Carta di Lavoro de Benito Mussolini, era uma das oito Leis Fundamentais do franquismo, pronunciava-se que o trabalho, para além do seu carácter individual ou familiar, tem uma função social, intimamente relacionada com a prosperidade e constituem um dever de solidariedade nas obrigações recíprocas que nascem do trabalho.

Estes preceitos supunham um abuso de confiança no desempenho do trabalho por parte do trabalhador e referiam principalmente um incumprimento das obrigações de fidelidade, diligência e lealdade, bem com aquelas obrigações exigíveis ao cumprimento dos interesses da entidade empregadora.

Esta transgressão da boa fé contratual dava-se em situações de fraude, negligência do trabalhador, de deslealdade para com o empregador e os interesses da própria empresa.

Eram estes os fundamentos essenciais que regulavam os preceitos da boa fé na época atrás referida, sendo que, eram necessariamente o apoio dos Estados que de maneira justa e duradoura estava implícito a liberdade, a justiça e a autoridade, através de uma fidelidade permanente aos ideais de forma indestrutível.

A transposição da obediência ao Estado através da fidelidade era assim imposta de forma fundada através da lealdade recordando a relação de vassalagem da época feudal, onde o vassalo jurava fidelidade em troca de segurança e protecção.<sup>740</sup>

A doutrina e jurisprudência<sup>741</sup>, estabelecem que entre fidelidade e lealdade existe uma subtilidade paradoxalmente abissal entre um e outro conceito. Enquanto a fidelidade pressupõe

<sup>740</sup> *APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DEL CAUDILLAJE EN FRANCISCO JAVIER CONDE*, Por ALBERTO REIG TAPIA *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 69. Julio-Septiembre, 1990, [ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1738](http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1738), pesquisa efectuada em 10/11/2012.

<sup>741</sup> STS 377/1978 – Madrid, considerando: Que por el apartado e), del artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo se estima justa causa de despido del trabajador por el empresario "el fraude la deslealtad ó el abuso de confianza en las gestiones confiadas"; la fidelidad ó lealtad, es una de las notas fundamentales del contrato de trabajo, impuesta a los trabajadores por el artículo 70 de su Ley reguladora, por lo que cuando es quebrantada, cuando se cometen fraudes ó abusos de confianza, se produce la extinción del contrato de trabajo; complemento del deber de fidelidad es la obligación de colaborar en la buena marcha de la producción, del comercio ó en la prosperidad de la empresa a la que el trabajador pertenece, impuesta como deber primordial del trabajador en el artículo 60 de la Ley de Contrato de Trabajo (...) y el abuso de confianza afecta al elemento espiritual del contrato, siendo definido por la Academia, como "infidelidad que consiste en burlar ó perjudicar a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva, ó descuido le ha dado crédito por lo que esta definición ha de acomodarse a las relaciones laborales diciendo que consiste en usar con exceso por parte de los trabajadores de la confianza más ó menos grande, de acuerdo con el cargo que desempeñan, que el empresario ha de concederles; pero los tres son conceptos afines, por lo que ha dicho esta Sala, en sentencia de 24 de Mayo de 1.967 que "la deslealtad abordaría los casos de fraude y abuso de confianza si no los mencionara expresamente el texto, y a los deberes morales de fidelidad y lealtad falta el trabajador.

STS 743/1979 – Madrid, considerando: Que el quinto y último de los motivos de recurrir dice el recurrente articularlo "con independencia de todo lo expuesto en los anteriores motivos de casación" y lo ampara en el *núm. la del artículo 167 del Texto Regulator del procedimiento Laboral*, para acusar la infracción por el concepto de



um dever moral, praticamente um contrato cuja quebra tem o sofrimento e a vergonha como punições, a lealdade não se ocupa com regras, mas com a confiança no vínculo de afecto, com valores que tocam as emoções, com um respeito que vai muito além da formalidade estética da fidelidade. A lealdade pressupõe um grau de maturidade emocional que compreende e aceita a natureza humana sem vulgarizar os seus atropelos.

A lealdade vai para além do compromisso de fidelidade afectiva, pois abrange um amplo dever de respeito e de consideração devida mutuamente entre trabalhador e entidade empregadora, no propósito de perpetuarem a sua relação contratual.

No conceito histórico o dever de boa fé tinha como corolário a fidelidade sendo que esta se manifestava através de uma imposição absolutamente de submissão à entidade empregadora, como referimos já, este instituto de origem germânica teve a sua emergência jurídica nas épocas de guerras mundiais, e daí resultava que o contrato de trabalho impunha ao trabalhador uma fidelidade, submissa e subserviente –, à entidade empregadora.

Este conceito de dever, fidelidade, foi o impulsionador dos deveres acessórios do contrato de trabalho, e considerava-se que não havia na relação laboral o antagonismo de interesses entre empregadores e trabalhadores, pois o único interesse era predominante para o empregador.<sup>742</sup>

Ao ingressar na organização empregadora, o trabalhador mantém os direitos, liberdades e garantias de que é titular e que são inseparáveis da sua condição de pessoa, os quais terão apenas de adaptar-se ao elemento subordinação jurídica, cujas exigências, designadamente de colaboração, de lealdade e de boa fé, não podem, em nome da "*autonomia*

---

aplicación indebida de lo dispuesto en el apartado d), del artículo 33 del Real Decreto ley de 4 de Marzo de 1.977 regulador de las relaciones laborales, según el cual se considera justa causa para el despido del trabajador por el empresario el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas, pero en el desarrollo del motivo (...)La fidelidad o lealtad es una de las notas fundamentales del contrato de trabajo por lo que cuando es quebrantada, cuando se abusa de la confianza depositada se produce la extinción del contrato de trabajo, exigencia que ha de ser más exactamente observada por los trabajadores que desempeñen puestos de mayor significación dentro de la empresa, como ocurre con el de Director Comercial, de intervención decisiva en las operaciones de venta; complemento del deber de fidelidad es la obligación de colaborar en la buena marcha de la producción, del comercio o de la prosperidad de la empresa a la que el trabajador presta sus servicios. Los conceptos de fraude, deslealtad y abuso de confianza pueden ser considerados como específicos de un género común que hace referencia al apuntado deber del trabajador de guardar fidelidad a la empresa, a su obligación de no quebrantar la fe (...)que "la deslealtad abordaría los casos de fraude y abuso de confianza si no los mencionara expresamente el texto", y a los deberes morales y legales de fidelidad y lealtad falta el trabajador que como el recurrente prevaleciendo del " elevado puesto que ocupa dentro de la empresa autoriza operaciones de venta en perjuicio económico de la misma y ordena práctica de asientos contables que preparan las posteriores ventas perjudiciales, haciéndolo en beneficio de una sociedad de la que es accionista y Vocal de su Consejo de Administración, lo que supone la correcta aplicación del precepto legal que el motivo cita como infringido, con la correlativa desestimación del motivo (...).

<sup>742</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 313.

*contratual e empresarial*", impor-se em todo e qualquer caso, designadamente quando entrem em conflito com o núcleo essencial desses direitos.

Como vimos também, é na própria CRP que encontra fundamento os limites que os direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador podem comportar, não podendo o respectivo exercício fazer-se senão com respeito pelos direitos da outra parte da relação, em cuja organização produtiva imperam princípios de disciplina.

Em certos casos, excepcionais, embora, é com efeito lícita a imposição ao trabalhador de um padrão de condução da sua vida privada adequado aos interesses da entidade empregadora, pendendo sobre aquele o dever de abster-se de adoptar comportamentos que prejudiquem os interesses desta dignos de tutela, o qual decorre, aliás, dos cânones habituais, integrantes dos deveres de colaboração, de lealdade e de boa fé, que configuram o adequado cumprimento do contrato.

Mas, e pela pertinência do tema, apesar de bem conhecido e desenvolvido, é necessário abordar melhor os substrato ético do dever de fidelidade enquanto dever jurídico.

Foi a Escola Histórica<sup>743</sup> quem se encarregou de colocar algumas dúvidas sobre o carácter jurídico dos deveres, argumentando que estes se encontravam definidos pelo costume ou a ética, e não no direito positivo; entendiam que virtudes como a fidelidade, devoção, obediência e o respeito se impunham pelo costume, e não pela lei.

Evidentemente que o dever de lealdade, enquanto tal, e já o referimos, e deve ser considerado de forma recíproca na relação contratual, apesar de que e pela tradição formula-se o dever de fidelidade como uma obrigação unilateral do trabalhador, contudo parece ser de forma sustentada que esta obrigação é recíproca, de tal forma que hoje se verifica um movimento pendular tendente a aligeirar o dever de boa fé do trabalhador a realizar pelo empregador.<sup>744</sup>

O poder de direcção do empregador é uma característica do Direito do Trabalho do qual subjaz uma certa limitação do poder de direcção, porém, esta caracterização vem-se atenuando, seja no âmbito familiar, política, laboral, etc., o que releva uma evolução

<sup>743</sup> Entende-se por Escola Histórica, segundo palavras do próprio SAVIGNY, *La Escuela Histórica del Derecho*, na tradução de R. Atard, Ed. Libreria General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908, pág. 16, como aquela que “admite que a matéria do direito está dada por todo o passado da nação; mas não de uma maneira arbitrária e de tal modo que pudera ser esta ou outra acidentalmente, se não como procedimento da íntima essência da nação enquanto mesma e da sua história. Depois, cada tempo deverá encaminhar a sua actividade a examinar, rejuvenescer e manter fresca esta matéria nascida por obra de uma necessidade interna”.

<sup>744</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 22ª Ed., Madrid, 2001, pág. 34.

disciplinar perante a sociedade permissiva<sup>745</sup>, o que desta forma torna o dever de fidelidade do trabalhador mais relativizada como uma tendência mais generalizada.

De outro ponto de vista, a existência do dever de lealdade do empregador pressupõe que a boa fé não pode ser senão recíproca, porque se assim não for existiria somente a obrigação de dar uma ocupação efectiva e proporcionar a adaptação da função ao trabalhador e consequentemente o “favor” dessa “dádiva”.<sup>746</sup>

Nesta linha de orientação vários autores têm destacado que as obrigações de execução da boa fé no contrato de trabalho, é um dever do empregador de capacidade e flexibilidade nas relações interpessoais, ou seja, entre a empresa e o trabalhador, bem como por outras vezes é um dever autónomo, mas fundado na boa fé.<sup>747</sup>

O dever de lealdade é uma manifestação do princípio da boa fé e, dado o carácter essencialmente pessoal da relação de trabalho, visa proteger o bom funcionamento da empresa.

Conforme relata a doutrina portuguesa<sup>748</sup>, “o dever de lealdade tem uma parte subjectiva que decorre da sua estreita relação com a permanência da confiança entre as partes, sendo necessário que a conduta do trabalhador não seja, em si mesma, susceptível de abalar ou destruir essa confiança, criando no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade do trabalhador. Mas o dever de lealdade apresenta também um faceta objectiva, que se reconduz à necessidade de ajustamento do comportamento do trabalhador ao princípio da boa fé no cumprimento das suas obrigações (artigo 762 do CCP), dele deriva o imperativo de uma certa adequação funcional da conduta do trabalhador à realidade do interesse do empregador”.

O comportamento daquele que assumiu uma acentuada gravidade e abalou irremediavelmente a relação de confiança que é pressuposto essencial do contrato de trabalho, na medida em que criou justificadas dúvidas no espírito do empregador sobre a idoneidade da sua futura conduta, além de que, também do ponto de vista objectivo, revela uma completa desadequação da conduta do trabalhador no respeito pelos interesses da entidade empregadora.

<sup>745</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 22ª Ed., Madrid, 2001, pág. 43.

<sup>746</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 22ª Ed., Madrid, 2001, pág. 63.

<sup>747</sup> O artigo 4.2. “del Estatuto de los Trabajadores español recoge claramente esta obligación autónoma de capacitación, cuando establece que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...) d) a la promoción y formación profesional en el trabajo”.

<sup>748</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: in *Temas Laborais*, Almedina, págs. 62-63.

Perante uma ilicitude, invocada pelo incumprimento na relação laboral, deve esta, ser apreciada do ponto de vista dos deveres laborais que são afectados pelo comportamento do trabalhador, o que se compadece com situações em que, em si mesmo, o comportamento não seja ilícito - assim, por exemplo, um trabalhador que tenha uma conduta privada reprovável, ainda que lícita, não poderá, por princípio, ser despedido por causa dessa conduta, mas tal já poderá suceder se de tal conduta decorrer o perigo de uma diminuição da sua aptidão para o trabalho, em moldes de comprometer gravemente a sua prestação, ou se tal comportamento quebrar o elo de lealdade e de confiança entre as partes em que assenta o contrato.<sup>749</sup>

Este acto ilícito e culposo, que pode assentar em acção ou omissão, e que pode ser praticado com dolo ou mera negligência, provém da violação de deveres laborais (legais ou contratuais) por parte do trabalhador, sejam estes principais, por exemplo, a realização do trabalho com zelo e diligência, ou secundários, por exemplo, velar pela conservação e boa utilização de bens relacionados com o trabalho que lhe forem confiados pelo empregador, ou, até mesmo, deveres acessórios, decorrentes do princípio da boa fé<sup>750</sup> no cumprimento do contrato, por exemplo, tratar com urbanidade e probidade o empregador.

O comportamento do trabalhador deve ser grave, podendo a gravidade ser reportada ao comportamento em si mesmo ou às consequências que dele decorram para o vínculo laboral. Por exemplo, se o trabalhador furta ao empregador um objecto muito valioso, o seu comportamento é grave em si mesmo; mas se furtar um objecto de reduzido valor, o comportamento não deixa de revestir idêntica gravidade, não pelo valor do objecto furtado em si mesmo, mas, naturalmente, porque significa uma quebra do seu dever de lealdade para com o empregador, que compromete o futuro do vínculo laboral.<sup>751</sup>

Entre as causas que podem motivar e integrar o despedimento por justa causa encontramos no CTP, as falsas declarações relativas à justificação de faltas, em o legislador considera estarmos perante uma culpa grave, constituindo violação particularmente censurável dos deveres de assiduidade e lealdade, deveres decorrentes do dever geral de boa fé.<sup>752</sup>

<sup>749</sup> PALMA RAMALHO, M. R: *Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 901.

<sup>750</sup> O princípio da boa fé no cumprimento tem uma importância acrescida na relação laboral e encontra-se reiterado nas disposições gerais do CTP.

<sup>751</sup> Neste sentido, se pronunciou o Acórdão RL de 31/07/1985, BTE, 2ª S, 1-2/1988, 217, que considerou justa causa de despedimento o furto de um objecto de valor ínfimo, pelo trabalhador, por considerar que tal comportamento configurava uma violação grave do dever de lealdade, que era independente do valor do objecto furtado.

<sup>752</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 456.

A confiança é o suporte de qualquer vínculo obrigacional que pode reger as condutas humanas, dado que é o fundamento dos negócios jurídicos, e desde as negociações iniciais, as partes interagem e sedimentam as bases do futuro acordo baseado no princípio da lealdade, e é nesse momento da negociação que as partes se entregam confiadamente na concretização das expectativas legítimas que se possam ter e portanto justifica-se em toda a tramitação a imposição deste dever.

E é na lealdade que se encontram outros deveres, principalmente a sinceridade e fidelidade, a que já fizemos referência neste trabalho, e que abordaremos novamente de uma forma mais precisa.

O dever de confiança, enquanto dever de equidade é um critério fundamental que integra uma premissa positiva do contrato de trabalho, e que a defrauda, viola a honradez das negociações, e aqui a boa fé, não é mais do que a lealdade no tratamento entre empregador e trabalhador, recordando o princípio *“fides”*.

Cumpre-nos indicar como exemplo de um dever acessório gerado pelo dever de lealdade, o dever de não-concorrência, susceptível de integrar justa causa de despedimento, seja pelos danos potenciais que representa, seja pela quebra de lealdade e confiança, uma vez que *“uma actuação de concorrência implica a violação de deveres livremente assumidos”*.<sup>753</sup>

A boa fé manifesta-se no contrato de trabalho com tal intensidade, que não descortinamos em qualquer outro vínculo contratual, e em nossa opinião porque para além de estarem implícitos direitos patrimoniais, é sobretudo pelo envolvimento absoluto e permanente entre a entidade empregadora e trabalhador, que é admitido um carácter ético, abrangendo, tanto deveres pessoais como morais.

Estes valores éticos mantém-se durante a vigência contratual, bem como após a extinção do contrato<sup>754</sup>, sendo que devem ser preservados os segredos existentes entre as partes, e é o caso da cláusula de não concorrência, logo o dever de não concorrência não deriva do princípio da boa fé e confiança recíproca, traduzidos nos deveres de obediência, fidelidade e lealdade.<sup>755</sup>

O dever de lealdade é um dever de conduta humana em que se presume agir de harmonia entre a empresa e o trabalhador, sendo que esta manifestação gera obrigações

---

<sup>753</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Concorrência Laboral e Justa Causa de Despedimento*, cit., págs. 495-526; *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pág. 832.

<sup>754</sup> Abordaremos *infra*, a questão.

<sup>755</sup> *“A estipulação do pacto de não concorrência não impede que o ex-trabalhador aplique toda a sua experiência profissional noutra empresa, ou seja não gera a quebra ou violação do pacto firmado”*, in ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 3ª Ed., Universidad de Madrid, págs. 153-154.

negativas de abstenção de comportamentos que possam prejudicar a entidade empregadora, como seja o de não fazer concorrência desleal.

A jurisprudência tem afirmado repetidas vezes a ideia de um prejuízo potencial, que leva, por exemplo a considerar ilícito por violação deste dever, a simples constituição de uma sociedade comercial pelo trabalhador, cujo objecto coincida com a actividade desenvolvida pela entidade empregadora, mesmo que tal sociedade não tenha ainda iniciado a sua actividade.

A actividade concorrencial pode não ser exercida pelo próprio trabalhador, mas por interpostas pessoas, continuando a haver violação do dever de não concorrência.

Este dever não implica que o trabalhador não possa ter outro posto de trabalho, não envolve uma obrigação de exclusividade, a menos que o objecto do outro contrato de trabalho envolva a realização de uma actividade concorrencial.

Não se deve confundir o dever de não concorrência, resultante do dever de lealdade, de origem legal, que apenas vigora enquanto vigorar o contrato, com o dever de não concorrência, resultante de um pacto de não concorrência, de origem convencional, resultante de um acordo das partes e que vigora apenas após a cessação do contrato de trabalho, o qual abordaremos no Capítulo III.

A evolução dogmática possibilitada pela concepção comunitário-pessoal da relação de trabalho, consiste na deslocação definitiva do âmago do vínculo laboral do binómio pessoal, dever de lealdade, dever de assistência –, completando desta forma, o processo de emancipação da situação jurídica em relação ao seu primitivo enquadramento obrigacional.<sup>756</sup>

No moderno vínculo laboral, a doutrina evidencia a importância da relação fundada na confiança pessoal entre o empregador e trabalhador, assim, o dever de lealdade deixa de ser um dever acessório, passando a penetrar de uma forma mais abrangente, em toda a relação laboral.

O dever de lealdade, enquanto sentido amplo, refere-se na verdade, a todos os deveres acessórios do trabalhador, não deixando, contudo, de ocupar uma posição acessória no complexo decisório do trabalhador; na medida deste pressuposto, o dever de assiduidade, de zelo ou custódia, manifestam também o comportamento mais correcto no cumprimento do contrato, e, nessa medida, projectam o dever de lealdade como emanação do princípio da boa fé.

---

<sup>756</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coleção Teses, Almedina, 2000, pág. 280.

O princípio da boa fé tem como pressuposto a existência de uma obrigação e de um direito correspondente, dentro de uma relação jurídica, e deriva da máxima romana *neminem laedere*, ou seja, da intenção de não lesar ninguém. No Direito das Obrigações germânico, a boa fé objectiva é considerada um princípio supremo, da qual todas as demais regras devem respeito. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH) considera o princípio da boa fé o fundamento unitário da obrigação, de forma que os demais preceitos do direito obrigacional dele decorrem.

Uma das principais funções do princípio da boa fé na formação e execução dos contratos de trabalho é a criação dos deveres acessórios de conduta, e estes, que alguma doutrina proclama como secundários ou deveres anexos tiveram a sua origem da observação da jurisprudência alemã de que os contratos, por serem fonte inerente de conflitos de interesses, deveriam ser guiados e guiar a actuação dos contraentes conforme o princípio da boa fé nas relações.

Os deveres anexos decorrem de um facto jurídico obrigacional cuja finalidade não corresponde directamente à realização ou à substituição da prestação. Eles surgem independentemente da vontade das partes. Não estão directamente relacionados ao cumprimento do dever principal de prestação, mas visam a garantir o correcto desenvolvimento da relação contratual.

A concepção do dever de lealdade, está historicamente associada a uma visão comunitária e solidarística, que fazendo parte do quadro político-jurídico do corporativismo podia considerar-se em vigor na época pré-democracia, mas, foi superada nas legislações posteriores, devido sobretudo aos regimes jurídico-constitucionais.

A existência de um fim comum entre entidade empregadora e trabalhador expressa na denominada comunidade-empresa, e da qual derivam deveres de fidelidade para o trabalhador e deveres de protecção e assistência para o empregador.

O trabalhador ao ingressar nesta comunidade jurídico-pessoal, ingressa numa entidade baseada num “*senhor*” exercido pelo empregador com um conceito de carácter unitário.<sup>757</sup>

A jurisprudência tem persistido em enfatizar os ingredientes fiduciários da relação de trabalho, para os quais o dever de lealdade assume função estruturante.<sup>758</sup>

Facto existente é que no Direito do Trabalho, a violação do dever de lealdade pressupõe uma procedimento disciplinar que surge derivado da relação jurídico-laboral

<sup>757</sup> LAMAS, RIVERO, J.: *Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)*, RL (1999), pág 315.

<sup>758</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 235.

inerente ao contrato de trabalho, o que *per si* implica deste logo a subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, decompondo-se através do poder disciplinar, no qual se subtrai o poder directivo, poder disciplinar e como consequência a aplicação de sanções.

Deriva destas sanções a coercibilidade, tendo a entidade empregadora duas alternativas, ou o recurso ao tribunal, sujeita que está à fundamentação objectiva que determinou à sanção, ou como alternativa a faculdade singular de poder reagir à censurabilidade e/ou punição no seio da empresa, mantendo deste modo o vínculo contratual.

Nesta perspectiva, os vários diplomas legais portugueses que abordam a questão do poder disciplinar: 1) O Código de Seabra (1867), fazia referência, nalgumas modalidades de prestação de serviço, aos poderes de direcção e de autoridade, nomeadamente nos seus artigos 1370 e ss., no que dizia respeito ao serviço doméstico, quando se reconhece a complexidade da correlação entre os deveres do serviçal e os poderes de autoridade do amo; 2) A Lei n.º 1952, de 10/03/37, vem a determinar no seu artigo 1 que a actividade profissional do trabalhador seja prestada sob o poder ordenador e fiscalizador do empregador, reconhecendo a posição de poder de uma das partes do contrato, e determinando como consequência da recusa da prestação por parte do trabalhador, a justa causa para a rescisão do contrato pela entidade patronal; 2) Com a primeira revisão ministerial, em 1962, surge a autonomização da figura do contrato de trabalho, onde se reafirma a existência do poder directivo do empregador, realçando-se ainda nesse ano, autonomia da matéria disciplinar, como aliás já o referimos no Decreto 44309 de 27/04/62, Código de Trabalho Rural do Ultramar, adoptando-se semelhante acolhimento na posterior LCT; 3) Em 1957, surge a primeira referência à autoridade do empregador com o projecto de proposta de lei n.º 517, de Setembro; 4) Em 1966, o elemento autoridade-direcção merece acolhimento pelo CCP em sede de contrato de trabalho, sendo transposto para a Lei laboral em 1969; 5) Em 2003 e 2009, bem como agora com a revisão de 2012, o CTP vem regular o poder disciplinar e manter, não se avançando porém com uma definição.

A doutrina espanhola afirma que a recepção das teses comunitárias, operou, por vezes, não de maneira íntegra, mas sim através de algumas das suas derivações ou construções afins, de carácter *fiduciário* e *intuitus personas* da relação laboral, fidelidade e deveres éticos do trabalhador.<sup>759</sup>

---

<sup>759</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y Otros.: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pág. 82: “Como uno de los efectos y manifestaciones concretas de las concepciones comunitarias - que a la vez constituye la principal vía de adaptabilidad de estas teorías en los sistemas jurídicos modernos - es posible destacar: - la transformación de la buena fe contractual, como criterio del cumplimiento



Neste processo de reconstrução teórico-jurídico do contrato de trabalho, implica de forma inquestionável num avanço democrático das relações laborais, de forma que a seja capaz de elaborar os preceitos necessários à resolução conflitual que possa surgir, essencialmente, no âmbito colectivo, conectado que esteja com o posicionamento dos direitos fundamentais como alavanca limitadora dos poderes empresariais.

O dever de fidelidade, recorrendo à clássica sentença espanhola, servirá como critério de valoração da conduta devida pelo trabalhador actuando como “*gerador e multiplicador dos deveres e obrigações que caracterizam a posição jurídica do trabalhador por conta de outrem*”<sup>760</sup>, e que não são consequência directa da relação obrigacional ou contratual, tais como a obrigatoriedade de fazer trabalho suplementar, dever de sigilo e não concorrência, manter uma criteriosa vida privada exemplar, etc.

O conceito de fidelidade já não tem um significado de “*dever de exactidão, honradez ou diligência*”, mas sim como uma forma de sujeição de características *fiduciárias*, ou seja, um relacionamento de trabalhador e empregador com uma confiança recíproca.

Partindo-se do pressuposto de que no contrato de trabalho deve sempre ser destacada a boa fé no relacionamento entre as partes, o corolário lógico seria o chamado dever de lealdade. Deve, contudo, ser lembrado que a lealdade e a boa fé não são requisitos específicos do compromisso laboral, porém devem constituir a base sobre a qual repousa a sistemática jurídica como um todo.

As partes, tanto o trabalhador quanto o empregador, devem agir com lealdade e honestidade nas suas atitudes e comportamentos, e quando se rompe a confiança na vigência de um contrato de trabalho, têm-se as consequências com justa causa do trabalhador ou a rescisão indirecta do contrato de trabalho, sem prejuízo da reparação civil.

O Direito do Trabalho retardou a construção teórica específica para o recente estatuto do contrato de trabalho, daí porque a controvérsia doutrinária era fundamentalmente perante a tipologia tradicional romana dos contratos civis, e entretanto, com a autonomia científica que era discutida, essa postura teórica de classificação tipológica clássica evoluiu para a definição de uma natureza laboral específica mas sempre, e ainda hoje –, atrelada aos domínios da contratualidade, recusadas as teorias negativas de tal carácter.

---

*correcto de las obligaciones de las partes, en un deber de fidelidad (del trabajador), y en un deber de protección (del empleador)”, este último, por cierto notoriamente atenuado y disminuido en comparación al primero y revestido de una «retórica» marcadamente (paternalista)”, (MARTÍN VALVERDE, A.: Ideologías jurídicas ..., op. cit., pág. 84).*

<sup>760</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y Otros.: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pág. 86.

Todas as teorias civis a que nos temos referido, são unânimes em reconhecer o contrato de trabalho, como um negócio jurídico do tipo contratual, na categoria genérica dos actos jurídicos bilaterais, portanto, o pressuposto de ser produto de um “*acordo de vontades*” é uma constante em tais teorias tradicionais, já do tempo do Código Civil Alemão (BGB), e mesmo até e perante doutrina opostas que negavam o carácter negocial, esta posição manteve-se preponderante.

Na verdade, a exigência geral de boa fé na execução dos contratos reveste-se de especial significado, por estar em causa o desenvolvimento de um vínculo caracterizado pela natureza duradoura e pessoal das relações dele emergentes, conforme o artigo 762 do CCP, e assim justifica-se que se acentue o elemento fiduciário dessas relações, dado que o contrato de trabalho é celebrado com base numa recíproca confiança entre o empregador e o trabalhador devendo as futuras relações obedecer aos ditames da boa fé e desenvolver-se no âmbito dessa relação de confiança.

Assim, neste último período histórico analisado, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência que a caracterização da relação de trabalho revelar-se-ia, necessariamente no modo, na forma, no desenrolar da prestação, ou seja, na subordinação<sup>761</sup> do trabalhador, a uma disciplina e organização hierárquica rígidas, na qual o trabalhador alienava a sua capacidade física, psíquica e intelectual ao empregador que detém o poder directivo, ou seja, dirige a prestação pessoal dos serviços, isto é, uma dependência jurídica, precisamente pelo carácter sinalagmático do contrato de trabalho, e mutuamente interligados pelos poderes hierárquicos, bem como pelo dever de obediência e lealdade.

É pois, correcto afirmar que o contrato de trabalho<sup>762</sup> é a razão e o fundamento do poder de direcção empresarial<sup>763</sup>, e de facto é praticamente unânime na doutrina a consideração de que o poder de direcção empresarial emana do contrato de trabalho, ou mais concretamente da obrigação do trabalhador de submeter-se a ele, ainda quando na configuração do mesmo deva ter-se em conta, também, a posição que o empregador ostenta na

<sup>761</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 612.

<sup>762</sup> “*El contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar; esta capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales. La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección*”, (*dirección y control de la actividad laboral*). PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. et al.: *Derecho del Trabajo*, 11ª Ed., Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2006, pág. 510.

<sup>763</sup> (...) *el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance, como sus propios límites* (...), PALOMEQUE LÓPEZ, C. M.: *Derecho del Trabajo*, 11ª Ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 510.

organização, ou seja, a titularidade da liberdade de empresa, pois juridicamente não se pode articular de outra forma.

Sendo assim, é necessário que a conduta do trabalhador não seja susceptível de destruir ou abalar essa confiança, de criar no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura da conduta do trabalhador.

### **CAPÍTULO III – O DEVER DE LEALDADE COMO DEVER BÁSICO DO CONTRATO DE TRABALHO**

#### ***1. O contrato de trabalho como contrato bilateral e sinalagmático***

Nas últimas duas décadas, tem havido importantes modificações nas relações laborais, e antes da codificação da legislação, os trabalhadores admitiam uma função na expectativa de “*viver até morrer*” para o mesmo empregador, e os empregadores assumiam uma lealdade “*eterna*” do trabalhador; esta dedicação de lealdade corporativa tem vindo a diluir-se, devido em parte à globalização que impera, com reestruturações, deslocalizações, reduções (arbitrárias ou facultativas), facto é que o trabalhador tem sentido que o cordão umbilical que o liga à empresa *mater* é cada vez mais transitória, seja pelos condicionalismos actuais, seja pela violação dos critérios honestos e leais do empregador, seja pelo trabalhador, violando acentuadamente as obrigações mútuas às quais ficaram vinculados através do contrato de trabalho.

As alterações são um fenómeno perfeitamente natural, onde o trabalhador procura melhores condições de trabalho, e obviamente que perante esta circunstância é extremamente difícil ter a consecução recíproca de obter e conceder lealdade e confiança no trabalho.

Embora se torne importante incentivar a lealdade entre as partes, existem deveres a que as mesmas se vinculam naturalmente, seja o sigilo e a concorrência desleal, seja o respeito e a liberdade de expressão, o trabalhador não ficará imune ao privilégio destas obrigações, e neste sentido, sem se conceptualizar o compromisso da lealdade enquanto um poder fiscalizador das partes e para que não se torne excessiva, a naturalidade da relação laboral deve primar pela sensatez e pela insuspeição.

Conceptualizamos neste estudo, e enquanto premissa fundamental, que o dever de lealdade é no CTP, um dever acessório da boa fé mais importante, seja na dimensão restrita seja na dimensão ampla<sup>764</sup>, sendo dotado de pós-eficácia na dimensão restrita e será o caso do dever de sigilo após a cessação do contrato de trabalho<sup>765</sup>, bem assim como através da dimensão ampla vertido que está pela dimensão personalista e pela dimensão organizacional a que o trabalhador fica adstrito pelo contrato de trabalho.

O dever de lealdade surge como elemento clássico da relação jurídica laboral, com o propósito de inserir no trabalhador a obrigação de zelar, por acção ou por omissão, pelos interesses da entidade empregadora ou da empresa. A doutrina actual critica a concepção comunitário pessoal da relação de trabalho, relação essa que viu surgir os deveres clássicos de lealdade e de assistência, não obstante, o dever de lealdade mantém-se, como dever acessório legal reforçado, a cargo do trabalhador mas também por parte do empregador.

No essencial, a lealdade apoia-se na ética e que por sua vez ordena os ideais de boa fé através dos bons costumes e de dever de lealdade, ou seja, precavesse a eventualidade do dolo e de forma estrita pela ligação especial entre as pessoas, seja entre trabalhador vs colegas de trabalho, seja entre trabalhador e empregador, enquanto que a boa fé sendo mais exigente e específica pressuporá uma série de requisitos para que se manifeste.

A actuação da boa fé não será um dever exclusivo do trabalhador aquando do cumprimento do contrato de trabalho, é sim uma exigência contratual geral e para as duas partes, pelo que, e pelas razões já apontadas consiste numa atitude que propicie o cumprimento efectivo do contrato e absorve o modo de executar as próprias prestações<sup>766</sup>, e acompanhará todo o cumprimento do contrato podendo até perdurar para além da sua cessação, isto é, estamos perante uma obrigação recíproca de cumprir com lealdade e confiança o conteúdo do contrato de trabalho, e ainda que o legislador espanhol não preveja literalmente no ETE, o dever de lealdade não tendo as características do dever principal da boa fé, está intimamente correlacionado com o mesmo.

A relação *intuitui personae* é uma característica da relação laboral através do contrato de trabalho, enfatizada que está pela subordinação jurídica, para além da retribuição e da

<sup>764</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 1991, pág. 129; MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Lisboa, 2007, págs. 231-233; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 355.

<sup>765</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 357.

<sup>766</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, pág. 611.

actividade, o que é liminarmente evidente a *fiducia* que congrega, e o dever de lealdade do qual decorrem o dever de não concorrência, responsabilizam o trabalhador, (para além do empregador, como abordaremos), bem como dever de sigilo, que perante a inobservância destes deveres acessórios, podem acarretar prejuízos incalculáveis para cada uma das partes.

É uma realidade que a lealdade no contrato de trabalho representa o elemento vinculativo e personalíssimo da relação, pelo que não o consideramos liminarmente de conceito patrimonial, pois a relação adquirida pela contratualização é, ou deve ser, de forma a garantir uma estabilidade e confiança recíproca, isto é, esta relação de trabalho destaca-se pela lealdade que tanto o trabalhador quanto o empregador devem colocar tanto nas obrigações principais bem como, nas obrigações acessórias.

A relação laboral, e mais propriamente, através do contrato de trabalho está delimitada por um círculo, perfeitamente interligado por obrigações, direitos e deveres, que para além da eventual permissividade jurídico-normativa, é imbuída pelos bons costumes do homem recto, sensato, honesto, e como tal subjazem regras de práticas de vida, que, num dado meio e em certo momento, as pessoas honestas, correctas e de boa fé<sup>767</sup> aceitam comumente, desta forma, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes se envolver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pela sociedade, e no caso em concreto, entre empregador e trabalhador.

A lealdade constitui, pois, um dos pilares sobre o qual assenta a ordem jurídica-laboral portuguesa, conferindo confiança ao empregador e ao trabalhador sempre que iniciem uma relação laboral, pois confere-lhes expectativas de lisura, honestidade, transparência e colaboração da contraparte, demandando de cada um deles idêntica conduta e segurança, porque a violação do dever de lealdade e de diligência, porque a deslealdade e a negligência não são concebíveis sem culpa, e no contrato de trabalho representa uma conduta leal, isto é, a conduta segundo o direito, não lesando ninguém e cumprindo lealmente a sua parte na obrigação.

---

<sup>767</sup> ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO DE: *Direito das Obrigações*, 8.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2000, pág. 97, “Uma relação obrigacional está condicionada por determinados princípios gerais (quer específicos de algum ou alguns tipos de obrigações, quer comuns a todos eles), (...) e, mesmo na fase pós contratual, podemos falar de deveres impostos pelo princípio da boa-fé. A boa-fé é susceptível de ser qualificada em duas perspectivas: boa fé subjectiva que traduz-se num estado de espírito (desculpável); e boa fé objectiva que corresponde à forma de conduta ou comportamento, e como tal, distinto da atitude psicológica, intelectual do estar de boa-fé. Abrange os principais da lealdade/fidelidade e da cooperação, prevalece como critério de controlo sobre o clausulado contratual (no sentido expansivo ou de compreensão) e justifica-se por uma ideia ética de solidariedade negocial.”

O contrato de trabalho enquanto contrato sinalagmático de execução duradoura, e não obstante todas as vicissitudes de que possa ser alvo, será o fundamento das obrigações recíprocas do trabalhador e empregador<sup>768</sup>, tem de reger-se sempre em conformidade com os princípios e regras que o sustentam, sendo que a confiança constitui um valor essencial no desenvolvimento da relação de trabalho que estabelece numa ligação pessoal estreita entre empregador e trabalhador e tem nessa confiança recíproca um fundamento indispensável.

O clima de mútua confiança que deve regular o contrato de trabalho, deve exigir às partes a manutenção do vínculo laboral de forma a comprometer o verdadeiro objectivo contratual.

O Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de Março, instituiu o Estatuto dos Trabalhadores, oriundo do primeiro Estatuto dos Trabalhadores de Espanha, de 1980, revogado, e que recebeu uma actualização em 18 de Setembro de 2010, e mais recentemente através do Real Decreto Lei 3/2012, de 10 de Fevereiro, sendo que desta forma serão elencadas as situações que envolvem a boa fé neste Estatuto.<sup>769</sup>

No título I, da relação individual de trabalho, capítulo I, disposições gerais, secção II, direitos e deveres laborais básicos, no artigo 5, “*deveres laborais*”, um dos deveres básicos dos trabalhadores é o de cumprir com as obrigações de suas funções, de acordo com a boa fé e diligência.<sup>770</sup>

Podemos extrair do conteúdo do contrato de trabalho, proclamados no artigo 20, “*direcção e controlo da actividade laboral*”, no primeiro *item*, em que o trabalhador é obrigado a realizar o trabalho firmado com a direcção da empresa ou a quem esta direcção o delegar; e, no segundo *item*, o trabalhador tem que diligenciar e colaborar com a empresa contratante, de acordo com o que se estabelece na lei e nos acordos individuais e colectivos de trabalho. Estes dois *itens* devem ser cumpridos, tanto pelo empresário quanto pelos trabalhadores, por meio do princípio da boa fé.<sup>771</sup>

Conforme estipula o artigo 1261 do CCE a ausência de qualquer requisito estipulado determina a nulidade do contrato, que reforçado pelo número 1, do artigo 9, do ETE poderá o trabalhador reclamar, mesmo perante essa eventual nulidade, todos os direitos até então; como

<sup>768</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, págs. 645-646.

<sup>769</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, pág. 7.

<sup>770</sup> FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, pág. 15.

<sup>771</sup> ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *Contratación laboral*, Editorial CISS, Valência, 2012, pág. 24.

é evidente, e sendo um acordo de vontades, caracterizado por um intercâmbio de serviços em regime de dependência e subordinação por uma retribuição, é um contrato bilateral, porque existem obrigações tanto para o trabalhador como para o empregador, bem assim como é um contrato sinalagmático pela existência de relações de reciprocidade, e só por si, revela que as partes estão imbuídas num dever de lealdade comum.

Tanto a legislação portuguesa quanto a espanhola, caracteriza algumas figuras afins ao contrato de trabalho, como serão:

- O contrato de mandato previsto no artigo 1157 do CCP e no artigo 1709 do CCE, revelam-nos que os deveres de conduta do mandatário implicam diligência e lealdade, devendo este abster-se de prejudicar o mandante, pois uma das partes e em nome de outra, coloca-se juridicamente em na posição desta como se fosse esta a actuar prosseguindo os interesses comuns, ou seja, o mandatário fará algo em proveito do mandante ocupando o seu lugar como seja o mandante, ao invés do contrato de trabalho em que o trabalhador fará uma determinada função na dependência do empregador, no mandato existirá um dever recíproco de lealdade que veda ao mandatário provocar danos, porém, a obrigação de lealdade e cooperação que incumbe ao mandante não resulta literalmente do artigo 1167 CCP, ela reconduz-se ao princípio expresso no número 2, do artigo 762 CCP, segundo a qual as partes devem proceder de boa fé tanto no cumprimento da obrigação quanto ao exercício do direito respectivo e tem inteiro fundamento na natureza do contrato de mandato como negócio típico de cooperação entre pessoas, assente numa relação de confiança, sendo que esta obrigação constitui a equivalente à obrigação que tem o mandatário de actuar como um *“bonus pater familias”*.

A expectativa e a confiança resultantes do contrato de mandato no âmbito contratual circunscrevem-se a alguns pressupostos especiais de incumprimento determinados com um elemento de lealdade proclamado que está nos artigos 1706 e 1724 do CCE.

Poder-se-á concluir, ainda que de uma forma sucinta, que a legislação ibérica concebe o contrato de mandato como um contrato de confiança por primazia, e tendo a verdade jurídica como corolário a probidade e lealdade são o que estipula o cumprimento do pactuado perante o comportamento primordial do mandante e do mandatário.

No âmbito do contrato de prestação de serviços enunciado que está no artigo 1154 do CCP, o prestador pode colocar ao dispor de outrem o resultado as sua actividade, e é claro que o prestador continua vinculado ao dever geral de actuação de lealdade e não deve com a sua actuação prejudicar outrem, mas tem sempre uma maior liberdade na conformação da sua

actividade, pelo que facilmente se percebe que a utilidade deste critério na distinção entre o contrato de trabalho em causa actua essencialmente por via negativa, isto é, se o prestador disponibilizar os resultados do seu trabalho a mais que um empregador, então é relativamente seguro estarmos perante um contrato de prestação de serviços e não perante um contrato de trabalho, aliás é assim determinado pelo artigo 1588 e ss. do CCE.

Diferentemente do contrato de trabalho, em que um dos contraentes se obriga a prestar apenas o seu trabalho, o contrato de prestação de serviços tem por objecto não o trabalho em si mas o resultado dele, e para atingir esse fim, o prestador não fica sujeito à autoridade e direcção da pessoa ou entidade servida, exercendo a sua actividade conducente ao resultado pretendido como melhor entender, de harmonia com o seu querer, saber e inteligência, pressupondo-se que o exercício do mesmo permita um vínculo de lealdade subjacente à honestidade premente e emergente da relação.

O contrato de empreitada, conforme o artigo 1207 e ss do CCP, tem um carácter aleatório e é não mais que uma prestação de serviços, assim como o artigo 1554 do CCE o define como um contrato em que uma das partes se obriga a executar uma determinada obra por um determinado preço, o que denota uma diferenciação do contrato de trabalho principalmente pelo facto de o objecto da obrigação do trabalhador é a actividade ou o trabalho em si e não o resultado final, como sucede com a empreitada, pelo que a lealdade está implícita através da relação jurídico-laboral do trabalhador-empregador e não pelo vínculo obrigacional derivado da empreitada, sem que não se olvide que se a deslealdade do trabalhador ou do empregador estiver premente, poderá ser motivo de denúncia contratual entre as partes.

O contrato de serviço doméstico previsto na legislação portuguesa através do Decreto Lei 235/92, de 24 de Outubro, é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob a sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respectivos membros, prevendo-se nos artigos 30 e 32 as motivações que possam levar as partes a denunciar o contrato por violação da dignidade, honestidade e lealdade, sendo motivo de cessação contratual, enquanto que o artigo 1583 e ss do CCE prevê um paralelismo idêntico salvaguardando a lealdade como prenúncio acessório da boa fé contratual nas relações entre as partes.

Quanto ao contrato de sociedade, proclamado que está no CCP através do artigo 980 e ss, bem como no artigo 1665 do CCE, implica que este tenha uma característica associativa já



que as partes são coincidentes, enquanto que no contrato de trabalho os interesses das partes são contraditórios, ou seja, no contrato de sociedade há a lacuna de singularidade que define o contrato de trabalho, pelo que a lealdade se limita aos preceitos enunciados no objecto social da empresa, havendo contudo a particularidade de um sócio de indústria, (o que entra apenas com a força do seu trabalho e sem entrada de capital) ficar sujeito a todos os deveres enquanto trabalhador, e mormente ao dever de lealdade.

Quanto ao contrato de transporte, instituído que está na legislação portuguesa através do Decreto-Lei 352/86 de 21 de Outubro, estabelece que as regras devem ser comuns aos princípios da boa fé e na alínea g), do número 3, do artigo 1 do ETE inclui-se no âmbito de aplicação a exclusão laboral alguns requisitos, sendo de natureza comercial, e enquanto tenha como objecto o transporte de mercadorias existirão diferenças subjectivas em relação ao contrato de trabalho como seja a tríade imposta: (empregador, transportador e carregador), enquanto que no contrato de trabalho a relação é entre empregador e trabalhador, bem assim como diferenças objectivas pois o trabalhador, enquanto tal, é devedor de uma certa actividade junto do empregador, e no contrato de transporte está sujeito ao resultado, e ainda diferenças modais em que o trabalhador exerce a sua actividade por conta e dependência do empregador, isto é, os condicionalismos emergentes destas factuaisidades denotam, que o dever de lealdade está condicionado ao contrato de trabalho e não propriamente à actividade objectiva do trabalhador, devendo esse condicionalismo estar exclusivamente delineado pelo compromisso do empregador com o terceiro.

O contrato de agência<sup>772</sup> de carácter comercial é regulado pela lei espanhola através da Lei 12/1992 de 27 de Maio, e estabelece que a principal diferença com o contrato de trabalho radica do facto que no contrato de agência o agente desenvolve e organiza a sua actividade com autonomia e dependência, o que por si só o desvincula que qualquer dever de lealdade, se bem que a lealdade sendo uma regra ética e moral, é suficientemente ampla para que a relação seja prestada no mais elementar princípio de honestidade, e quanto à legislação portuguesa delineada que está, o contrato típico e nominado de agência é consagrado através do Decreto-lei 176/86, de 3 de Julho, que sofreu a alteração introduzida pelo Decreto-lei 118/93, de 13 de Abril, por força da necessidade de adaptação da legislação nacional à Directiva do Conselho da Comunidade Europeia 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986. Pela sua relevância e difusão, a relação de agência acabou por ser erigida pelo legislador na figura matriz e

<sup>772</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15 de Novembro de 2007 (relatora Rosa Tching), publicado in *Contratos Comerciais, Direito Bancário e Insolvência* (CIRE), Colectânea de Jurisprudência Temática, págs. 31-37.

exemplar dos contratos de distribuição em geral, e integra-se social e juridicamente, sempre e em qualquer caso sujeito aos ditames da tutela da confiança, do sentido do equilíbrio e aos limites inerentes aos procedimentos conformes à recíproca lealdade e rectidão.

Entende-se por dever básico do contrato de trabalho a toda a obrigação estipulada em contrato, que não seja necessariamente uma obrigação Constitucional ou fundamental, sendo que é através do contrato de trabalho que se visa pacificar os conflitos oriundos de uma produção, por um lado o empregador e por outro o trabalhador, enquanto detentor do meio de produção que o empregador utiliza para obter sucesso empresarial.<sup>773</sup>

É um facto que a presunção da existência de um contrato de trabalho pode determinar a casualidade de duas situações, ou seja, a própria manifestação de vontade das partes devidamente expressa, ou a denominada qualificação profissional que possa corresponder a um outro vínculo contratual.<sup>774</sup>

É contudo importante enfatizar que as obrigações decorrentes do contrato de trabalho atribuem normas de conduta às partes e a sua consequente exigibilidade, pois, e afinal os requisitos formais estão admitidos, seja verbalmente, seja pela forma escrita; o trabalhador ao assinar, ou assumir, ainda que verbalmente o contrato fica incumbido de obrigações, bem assim como o empregador fica obrigado à diligência devida.

Do contrato advém, como aliás já referimos, uma lealdade recíproca inerentes à actividade velando pela pelas necessidades inadiáveis à prossecução da relação laboral, como decorrência da *fiducia* inter-partes.

O artigo 12 do CTP consagra como elemento nuclear, a subordinação jurídica, e comparativamente aos restantes elementos da relação laboral, e a doutrina considera-a como o elemento de traço distintivo e identificador do contrato de trabalho.<sup>775</sup>

O número 1, do artigo 8 do ETE (redacção da Lei 3/2012) determina como elemento objectivamente nuclear a retribuição, salvaguardando a actividade e subordinação jurídica, de qualquer forma a dependência ou subordinação é uma conceito gradativo que mostra diversa

<sup>773</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C.: *Direito do Trabalho e Ideologia*, Trad. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 17-18.

<sup>774</sup> Neste sentido: MARTÍN VALVERDE, Ag., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006, cit. in MONTEIRO FERNANDES, A.: in *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 149.

<sup>775</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho, II, Tomo I, (Contrato de Trabalho)*, 3ª Ed., Almedina, Lisboa, 1999, pág. 296; MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, 2007, pág. 136; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 31; ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª Ed., Madrid, 1994, pág. 61; MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ RODRIGUEZ-SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed., Madrid, 1995, pág. 170; e outros.

intensidade, pois depende da qualificação profissional do trabalhador, a forma de organização do trabalho, bem como o local dessa prestação.<sup>776</sup>

A subordinação ou dependência resultam da integração do trabalhador na organização empresarial desenhada pelo empregador e pelo trabalhador, por tal razão resulta uma definição legal de dependência.<sup>777</sup>

A relação laboral existente entre empregador e trabalhador caracteriza-se, entre outros aspectos, por deter natureza bilateral, na qual as partes possuem direitos e deveres recíprocos, e dentre essa perspectiva, destaca-se o poder de direcção do empregador, consubstanciado pela organização das suas actividades, controlo e disciplina do trabalho, conforme a finalidade das actividades empresariais, gerando, por conseguinte, a faculdade de aplicar penalidades aos trabalhadores, que não cumprirem com as obrigações previstas no contrato de trabalho ou no regulamento interno, este, se o houver.

Refira-se, que tal poder do empregador tem limitações, visto que o CTP e ETE protegem o trabalhador das arbitrariedades do empregador, que deverá estar atento à legislação pertinente, aplicando sanções justas, razoáveis e proporcionais à falta cometida pelo trabalhador, e na actualidade a doutrina<sup>778</sup>, refere que a boa fé não constitui apenas um instrumento de submissão, mas também de informação, cooperação e adaptação, para responder as necessidades de transparência, diálogo, participação, gestão antecipada das competências e qualificações, por conseguinte, tal princípio permite assegurar o dinamismo próprio da vida social e é uma condição de viabilidade da empresa, pois uma comunidade não pode subsistir se está fundada na deslealdade.

Assim, a legislação laboral, e no que concerne à violação do dever de lealdade, prevê como forma de penalidade, as advertências, suspensões e despedimento, de forma que a advertência corresponde a um aviso ou repreensão, significando a declaração de alguém a outrem, no intuito de chamar a atenção para a ocorrência de certo facto, ou ainda uma repreensão, que mais é ou pode ser de que a “*ante-câmara*” de um eventual despedimento.

A concepção ética de trabalho como valor do tipo ideal de um “*excelente trabalhador*” mudou substancialmente a partir do momento que os países em estudo se democratizaram, isto é, os deveres de fidelidade, lealdade e colaboração, que modestamente

<sup>776</sup> MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ RODRIGUEZ-SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed., Madrid, 1995, pág. 174.

<sup>777</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, pág. 55.

<sup>778</sup> GIL Y GIL, J. L.: *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, págs. 195-196.

têm o mesmo fundamento evoluíram juridicamente e no momento actual determinam variáveis ético-jurídicas relevantes.

Porém, estas situações jurídicas, que respondem a um fundamento ético causam situações de ordem estrutural e conjuntural, ou seja, a relação laboral é ao mesmo tempo uma relação de colaboração e conflito, e basta-nos lembrar que o conflito é natural e essencial na relação de trabalho, sendo uma presença permanente, ainda que possa não ser um estado lactente ou subjacente, daí que os deveres do trabalhador possam delimitar essa mesmas situações na presença de um conflito.

Por outro lado persiste uma razão ética devido em parte há precariedade de trabalho, e este dilema é pertinente, ou seja, se existe precariedade de trabalho, (entenda-se emprego), como é possível numa estrutura empresarial manter índices de motivação que denotem lealdade recíproca?

Esta contradição é emergente e prolonga, a problemática do contrato de trabalho *versus* os deveres do trabalhador, e coloca-se a hipotética exigência de uma eventual reduzida lealdade ou colaboração do trabalhador precário comparativamente ao trabalhador efectivo, numa evidente desproporcionalidade.<sup>779</sup>

No dever de lealdade não necessitaremos de colocar muita relevância no tema, e no propósito do contrato de trabalho, pois é óbvio a essência ética deste dever jurídico enquanto elemento acessório da boa fé.

Analizando esta problemática da existência do dever de lealdade do empregador, verificamos que para além da boa fé admitir intrinsecamente a reciprocidade, teremos que admitir a existência de cooperação para que a lealdade persista, e em parte, que não deixa de ser fundamental, porque importante, o facto de permitir uma ocupação estável e apropriada ao trabalhador determinará que as obrigações resultantes do contrato de trabalho sejam equitativas, devendo ser a base constitutiva de um dever autónomo fundado na boa fé<sup>780/781</sup>, e tal como existe um bom empregador, agindo com lealdade<sup>782</sup> que lhe assiste enquanto tal, haverá com certeza um bom trabalhador, e este facto só por si, pode denotar a reciprocidade subjacente ao sinalagma.

Jamais vamos esquecer o corolário importante que é o facto de um dos elementos nucleares da boa fé em Direito do Trabalho é o dever de não defraudar a confiança da parte

<sup>779</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, págs. 24-25.

<sup>780</sup> Artigo 4/2 do ETE.

<sup>781</sup> Artigo 116 do CTP.

<sup>782</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, págs. 61-62.

contrária, e daí que a evolução desta ciência jurídica tenha no dever de lealdade, não a coincidência de propósitos, mas sim uma inter-relação moral.

O sinalagma consiste na reciprocidade que existe entre as obrigações das partes, criadas nas convenções bilaterais e esta reciprocidade não é mais do que o veículo ou interdependência que as une nas obrigações criadas nos contratos e este sinalagma também existe no contrato de trabalho e sendo um contrato bilateral, faz nascer para as partes um vínculo que as une, através das obrigações que ambas assumem por forma a manterem o contrato válido.

O que de fundamental caracteriza o contrato de trabalho é a verificação inequívoca de dois requisitos essenciais, por um lado a subordinação jurídica criada directa e automaticamente com o acordo contratual, e por outro lado será a subordinação económica, resultante do acordo de trabalho vinculativo para as partes, pelo qual uma delas, o trabalhador depende economicamente da contraparte, o empregador, que está obrigado a prestar a retribuição.

No direito espanhol, o trabalho dependente é caracterizado por uma subordinação do trabalhador/domínio do empregador e constitui a moldura típica do desenvolvimento do vínculo laboral, bem como evidencia o conteúdo complexo da posição jurídica de cada uma das partes neste vínculo, ou seja, a subordinação jurídica é o traço verdadeiramente distintivo e identificador do contrato de trabalho<sup>783</sup>, o que implica que no elenco dos indícios da subordinação jurídica, surge o indício de sujeição do trabalhador às ordens directas do empregador, isto é, a subordinação jurídica é reconduzida ao dever de obediência do trabalhador o que acaba por, indirectamente se estipular o poder directivo do empregador e consequentemente a obrigatoriedade de lealdade, que acabará por ser recíproca pelas prerrogativas subjacentes ao contrato de trabalho.

A presunção constante do número 1, do artigo 8 do ETE, limita-se a reproduzir a definição do artigo 1, de forma que “*cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo*”, já com a definição do artigo 12 do CTP, quando estivermos perante um contrato de trabalho, nos termos do artigo 10, podemos não estar perante um contrato de trabalho pela presunção.

Dáí dever fazer-se uma interpretação *ab-rogante* desta presunção, e que lavrada nestes termos, a sua utilização é totalmente inútil, podendo, pelo contrário, dificultar a qualificação

---

<sup>783</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, 2006, pág. 30.

do contrato de trabalho em sede judicial se o julgador se deixar influenciar ou guiar pela mesma.

Os contratos equiparados aos de trabalho vêm previstos no artigo 13 do CTP e são formalmente autónomos, porque neles não existe subordinação jurídica, e são verdadeiros contratos de prestação de serviços, mas com uma especificidade que se traduz no facto de neles haver dependência económica.

Actualmente, apesar de formalmente autónomos são materialmente muito próximos dos contratos de trabalho subordinado, dada a dependência económica, que se traduz pela existência de duas características, ou seja, o facto da retribuição ser o único ou principal meio de subsistência do trabalhador, do facto do trabalhador estar integrado num processo produtivo inteiramente dominado por outro, e estes dois traços estarem na base da fundamentação de todo o Direito do Trabalho.

Nos contratos de trabalho subordinado há dependência económica, enquanto que nos contratos de prestação de serviços esta não existe, salvo nas situações previstas no artigo 13 do CTP, porém a lealdade entre as partes persiste quanto mais não seja pela concretização do resultado que a prestação admite.

O dever de lealdade terá perante os pressupostos até aqui enunciados uma faceta positiva, de acordo com a qual o trabalhador deve desenvolver todas as condutas necessárias a que o cumprimento da sua prestação constitua uma utilidade para o empregador, e uma faceta negativa, por força da qual o trabalhador deve abster-se de todos os comportamentos que possam traduzir uma lesão dos interesses do empregador.

É uma realidade que o dever de lealdade tem uma dimensão distinta, estabelecendo o paralelismo entre trabalhador e empregador, contudo a dissonância literal não existe, pois ou existe lealdade recíproca ou simplesmente ela não existe, e esta dimensão, apesar das consequências e diversidades que acumulam são mais condicionantes para o trabalhador do que e propriamente para o empregador, e não descuidemos jamais que o empregador tem para além do poder de direcção, o poder sancionatório sobre o trabalhador, o que por si só diferencia a hipotética mensurabilidade do dever de lealdade.

## ***2. O dever de lealdade na fase prévia da contratação***

Na fase prévia à contratação persiste entre as entidades envolvidas uma razão para que o objecto a contratar se venha a cumprir, com base na lealdade enquanto qualidade do ser

humano, vinculada que seja por actuação ética, isto é, a lealdade implica que as partes cumpram com a palavra dada, pois o compromisso já é por si uma manifestação de lealdade, ou melhor ainda, uma lealdade aplicada ao previamente tratado, portanto quem configura um compromisso de ser leal, sê-lo-á porque está comprometido a sê-lo.

Persiste na legislação civilista portuguesa o sancionamento em termos genéricos e a responsabilidade, tanto nos preliminares como na formação dos contratos, sendo comum a designação de responsabilidade pré-contratual ou pré-negocial<sup>784</sup>, e entende-se que durante as fases preparatórias para a celebração do contrato de trabalho, seja a fase decisiva ou negociadora, o comportamento dos promitentes, empregador e trabalhador -, terá que pautar-se pelos cânones da lealdade e probidade, ou seja a reciprocidade das partes é um factor de extrema relevância para a consumação da celebração<sup>785</sup> do contrato de trabalho, o que se deduz que, é através da responsabilidade pré-contratual que se tutela a fundada confiança<sup>786</sup> de empregador e trabalhador conduzirem as negociações segundo os ditames da lealdade.

É evidente que tanto o trabalhador quanto o empregador estão imbuídos em interesses próprios pelo início da relação laboral e pela sua manutenção ao longo do tempo, porém, é comum que as partes julguem que a verdadeira relação jurídica só se formaliza a partir do momento em que é assinado o contrato de trabalho definitivo, mas é uma errónea interpretação pois existirão créditos laborais em caso de neutralização do vínculo, sendo que a própria promessa é por si indutora de consensos e sendo frustrada a expectativa pelo empregador gerará responsabilidade pelos prejuízos criados, que não será suprível judicialmente, e por parte do trabalhador a ruptura da promessa determina a perda de direitos entretanto alcançados, como seja a antiguidade, isto é, a relação que advém da promessa de contrato de trabalho celebrada entre as partes induz um cumprimento leal pelas responsabilidades assumidas.

O contrato promessa cria para o promitente uma obrigação de vir a contratar, cujo objecto é uma prestação de facto, gozando apenas de eficácia meramente obrigacional<sup>787</sup>,

<sup>784</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, 6ª Ed., Almedina, Coimbra, 1994, pág. 245.

<sup>785</sup> MOTA PINTO, C. A.: *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Almedina, Coimbra, 1965, pág. 16 e ss.

<sup>786</sup> Quer a doutrina quer a jurisprudência têm vindo a referir a tutela da confiança como princípio orientador das fronteiras a fixar aos deveres pré-contratuais de informação, e veja-se a título de exemplo o acórdão do TRL sob o processo nº 2219/2004-6, de 21-04-2005, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>787</sup> Neste sentido, a afirmação da natureza obrigacional do contrato de trabalho não significa que também a relação laboral revista um carácter meramente patrimonial, podendo nela identificar-se elementos de personalidade como referem, PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 385, 428; PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Ceura, Madrid, 1994, pág. 647.

restrita, por conseguinte, às partes contraentes, ao invés do contrato prometido, quando se trate de contrato de alienação ou oneração de coisa determinada, que tem eficácia real, e dever-se-á ter também em consideração que o objecto do contrato promessa, para ter eficácia real, tem de incidir sobre uma promessa de contrato definitivo com eficácia real transmissiva ou constitutiva, ou seja, não podem ter eficácia real, por exemplo, e entre outros, os contratos promessa de comodato, de prestação de serviços, de trabalho e de arrendamento.

Na realidade, no exercício de uma profissão a responsabilidade apresenta tanto quanto possível a aplicação de princípios de igualdade, liberdade de participação, de informação e confidencialidade através do princípio do respeito mútuo, e assim, na fase prévia se contratação há o pressuposto do cumprimento de alguns princípios como sejam a verificação de idoneidade dos processos de informação sobre as posições a estabelecer, verificação de requisitos e critérios previamente estabelecidos e ainda verificar o cumprimento das diferentes responsabilidades dos intervenientes, e independentemente da condição do agente, seja do trabalhador ou do empregador, o intermediário, deverá proceder a uma clarificação das verdadeiras pretensões dos interesses, sob o risco de incumprimento futuro e que possa resultar em deslealdade.

O princípio da igualdade de oportunidades no acesso ao emprego consagrado no artigo 24 do CTP, obriga a uma adequada publicitação das ofertas de emprego e de uma avaliação imparcial dos candidatos, o que na prática, concebe é que o princípio da igualdade de oportunidades se fará pelo recurso da abertura de oportunidades para a celebração de contratos de trabalho devendo obedecer à realização de procedimentos prévios, com imparcialidade e proporcionalidade.

O processo de selecção e recrutamento inicia-se com publicitação da oferta de trabalho onde, obrigatoriamente devem constar os seguintes elementos: (i) – informação sobre o serviço onde será desenvolvida a prestação de trabalho; (ii) – actividade para o qual o trabalhador é contratado; (iii) – requisitos exigidos para a sua admissão; (iv) – métodos e critérios objectivos a que obedecerá a selecção, sendo que todo o processo deve ser elaborado nos mais rudimentares princípios de lealdade e honestidade, precavendo, assim, que os candidatos não possam desenvolver *per si*, ou interposta pessoa a título remunerado actividades privadas concorrentes ou similares com as funções que venham a exercer e que estas sejam conflitantes, ou a omissão de particularidades profissionais que possam consubstanciar uma violação de lealdade.



Daí que o perfil das exigências deva assumir a verdadeira missão do posto de trabalho, as funções a desempenhar, as responsabilidades e as características do candidato, devendo e a este propósito o processo preliminar de selecção iniciar-se através do perfil de exigências previamente demarcados pelo empregador, mas que se devam considerar fiáveis e válidas de forma a não criar falsas expectativas no futuro trabalhador, porém, a independência dos critérios de selecção e recrutamento devem pautar-se pela honestidade e pela lisura, não olvidando que na fase prévia poderão surgir complicações pelo aparecimento de compromissos mútuos entre o empregador e o trabalhador de cláusulas até então não debatidas, e que podem fazer com que qualquer uma das partes renuncie ao acordo entretanto estabelecido, e como é evidente, será aconselhável que qualquer especificação mal delineada nesta fase, seja a forma de mais eficaz e segura antes da celebração do contrato de trabalho, daí que essa mesma especificação no início do processo deva ser precisa e tão exaustiva quanto possível, e assim precaver-se-á, para além de custos desnecessários, consequências mais desastrosas para qualquer uma das partes.

As partes correlacionadas com o contrato de trabalho, devem nesta fase actuar de forma ética, e respeitando os direitos individuais, assegurar que todas as conversações preliminares sejam estabelecidas com níveis de confidencialidade, e que a informação as obrigue a manter um comportamento correcto e leal, sendo que nem trabalhador nem empregador devem iniciar ou confirmar uma negociação prévia se não houver intenção de concluí-la, ou se sabe que o futuro contrato de trabalho não será válido, e por exemplo quando uma das partes tem por objectivo primordial a obtenção de informações vantajosas da outra parte, ou ainda quando e porque se pretenda evitar que se celebre um contrato de trabalho com um terceiro, o que releva uma atitude desleal, ou ainda perante um contrato de trabalho inválido e que de forma negligente se ignore, defraudando a outra parte.

A fase pré-contratual é uma fase extremamente importante, pois é nesta fase preliminar que o trabalhador e empregador discutem e configuram o futuro contrato de trabalho, e só por este facto persiste no ETE um dever de lealdade recíproco, e bastará uma profícua análise da alínea c), do número 2, do artigo 4, para que, e perante uma proibição de discriminação<sup>788</sup> as partes tenham que previamente estar consonantes em termos de honestidade e lisura, porque se assim não acontecer a relação laboral futura ficará inquinada de vícios.

---

<sup>788</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pág. 326.

Como é óbvio, e considerando estes deveres gerais de lealdade, está incluso o dever de não destruir injustificadamente as pré-negociações levadas até ao ponto que haja originado a confiança suficiente à outra parte, como para haver provocado danos como consequência dessa cisão.

A legislação de trabalho espanhola não prevê o pré-contrato<sup>789</sup> ou contrato de promessa de trabalho, porém o dever de lealdade nesta fase tem um envolvimento interpessoal relevante, e este preceito específico que regulamenta a figura do pré-contrato ou contrato preparatório deriva dos princípios gerais do direito e do princípio da liberdade contratual previsto que está no artigo 1255 do CCE.

Acontece que o candidato a trabalhador pode ver a sua intimidade vulnerabilizada, não só pelo empresário, mas também por outros sujeitos que possam intervir no processo, pois nesta fase os intervenientes ficam conhecedores de informações que podem tornar-se lesivos na esfera privada<sup>790</sup> do candidato podendo, eventualmente estar denotada uma certa deslealdade, pois e para além do empresário, os agentes intermediários em colocação: agências privadas ou públicas, selecção de pessoal<sup>791</sup>, as ETT<sup>792</sup>, podem ficar na posse de informação confidencial que em nada beneficia o trabalhador.

O parágrafo 1, do artigo 1 do Convénio 96 da OIT define a colocação como “*aquela actividade de intermediação para procurar um emprego a um trabalhador ou um trabalhador a um empregador*”, ou seja, o empregador tem total liberdade de escolha sem que contudo não advenha desta liberdade algumas obrigações e direitos como seja ao princípio da não discriminação previsto que está no número 1, do artigo 17 do ETE<sup>793</sup>, de tal forma que o veda

<sup>789</sup> Cfr. STSJ de 29/11/1996 (1996/6226), em que a jurisprudência claramente dominante atribui ao pré-contrato efeitos substancialmente idênticos aos do contrato definitivo, “*obligando directamente as partes (...)*”.

<sup>790</sup> Cfr. STSJ, Catalunha, 12/07/2006.

<sup>791</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho a la Protección de Datos Personales de los Trabajadores: nuevas perspectivas*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 13, “*(...) por vezes a empresa recorre a gabinetes de selecção externos que permitem iludir o controlo dos representantes dos trabalhadores ou da própria Inspeção do Trabalho, tanto que se vêm impedidos de conhecer os métodos de selecção.*”; o mesmo se passa em Portugal onde a Autoridade para as condições de Trabalho (ACT) não tem acesso a qualquer processo de selecção de candidatos ao trabalho, e no caso do contrato-promessa, só se o candidato for estrangeiro de fora da UE, e tal como prevê o artigo 5 do CTP.

<sup>792</sup> O RD- Ley 3/2012 de 10 de Fevereiro, permitiu às Empresas de Trabalho Temporário (ETT), a operar como agências de colocação, o que pode adulterar a escolha do candidato pondo em causa a honestidade do processo, e não podemos esquecer que este tipo de empresas tendo como objectivo o lucro, incorrem, ou podem incorrer ao denominado custo-benefício, ou seja, nem sempre o melhor candidato pode ser o melhor trabalhador, e nesta matéria a lealdade da tríade empregador-intermediário-candidato, pode ser a melhor solução.

<sup>793</sup> O legislador espanhol destaca para a possibilidade de estabelecer “*exclusões, reservas e preferências*” no parágrafo 2) do referido artigo, isto é, trata-se de uma suposta discriminação positiva em virtude da qual ficam “*(...) sob reserva determinadas vantagens ou tratamentos favoráveis ou colectivos que se encontram numa*

de qualquer tipo de discriminação favorável ou desfavorável proclamando desta forma um verdadeiro dever de lealdade nesta fase prévia de admissão, e quando não seja o empresário a seleccionar o futuro trabalhador e recorrendo a agências de colocação especializadas<sup>794</sup> devem configurar finalidades de ajuda aos trabalhadores candidatos a encontrar um emprego, bem como os empresários na contratação de trabalhadores que possam satisfazer as suas necessidades, garantindo desta forma não só o princípio da igualdade no acesso, como também manter uma atitude de correcção, coerência e não interferência favorável a um das partes com quem haja tido um qualquer privilégio, de forma a garantir uma maneira sensata e leal, que é o que se lhes é exigido.

Tenhamos agora como mera hipótese a consideração de uma qualquer existência do dever de confidencialidade prévio, e sendo que a sua infracção produzirá os mesmos efeitos dos restantes deveres pré-contratuais, ou seja, o que está em causa é o interesse de confiança depositado, podendo em certos casos e considerando alguns tipos de empregadores, esta violação poder provocar danos incomensuráveis, quando e por exemplo se trate de casos de violação da propriedade intelectual.

Há que recordar que o pré-contrato é uma figura de criação doutrinal alemã<sup>795</sup>, e sendo que não é previsto no ETE, deve-se subsidiariamente aplicar pelos preceitos civilistas, aliás, a jurisprudência espanhola assim o admite<sup>796</sup>, e na mesma linha refere que o pré-contrato como sendo um contrato preliminar ou preparatório, ou “*pactum de contrahendo*”, e pelo qual as partes se obrigam a celebrar posteriormente um novo contrato, que há época, não puderam ou não quiseram formalizar como encontramos no caso dos pactos preliminares, e apesar de não proclamado no ETE poder-se-á aplicar o CCE, o que perante um qualquer incumprimento determinará uma deslealdade, porque o pacto acordado foi elaborado com o objectivo da existência de um futuro contrato.

O ordenamento jurídico espanhol prevê que quando, e perante uma fase negocial avançada de um futuro acordo, a liberdade contratual inclua a liberdade de poder renunciar-se das prévias negociações, seja em que fase for<sup>797</sup>, contudo em certas circunstâncias, a ruptura

---

situação de desvantagem para se incorporarem no mercado de trabalho”, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., y Otros.: *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2ª Ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 273.

<sup>794</sup> Cfr. Convénio 181, de 18/06/1997 da OIT.

<sup>795</sup> NARROS MARÍN, D. H.: *Estudio de los principales acuerdos precontractuales*, VLex, 2012, págs. 27-28. (pesquisa em 30/11/2012).

<sup>796</sup> Cfr. STS de 25/06/1993, em que refere que: “(...) já que é por si mesmo um autêntico contrato que tem por objecto celebrar outro no futuro (...)”.

<sup>797</sup> Entre outros, STS, 1ª, 3/6/1998, (RG1998/3715): “(...) em que existia um acordo de intenções(...)”.

durante a fase preliminar pode ser fonte de responsabilidades<sup>798</sup>, e que se produz quando uma das partes se retira sem justificação plausível das negociações, até ao ponto de poder ter induzido a outra parte a confiar perante a conclusão do contrato.<sup>799</sup>

Há contudo que verificar que se a conduta de uma das partes, ou de ambas, e tendo em consideração a confiança recíproca, criou na perspectiva da celebração do contrato de trabalho uma atitude negligente sem que a parte contrária tenha sido violadora do dever de lealdade.<sup>800</sup>

Verifica-se que este tipo de conduta social tem um sentido objectivo que actua como regra, e que mais não é que uma actuação ideal das partes, ou seja, na fase prévia à contratação as partes devem comportar-se lealmente para o desenvolvimento das relações jurídico-laborais.

A previsão característica que antecede o contrato de trabalho está prevista no CTP através do artigo 103 sendo que o regime admite alguns desvios do regime geral proclamado no artigo 410 do CCP, isto é, são admitidas as promessas unilaterais ou bilaterais evidenciadas que estão pelo promitente<sup>801</sup>, e rege-se pelas mesmas regras do contrato definitivo.

A ponderação deste negócio preparatório está precisamente pela forma escrita e pelo conteúdo, pois será através deste regime que as partes se vinculam de forma leal e idónea, perspectivando um futuro laboral consistente, e se assim não acontecer, e perante um qualquer incumprimento só poderá dar lugar a uma eventual indemnização pelos danos causados.<sup>802</sup>

A violação do dever de lealdade na fase prévia de contratação induz consequências<sup>803</sup> para a parte faltosa, porque o que se pretende nesta fase preliminar é que na elaboração do contrato de trabalho definitivo, tanto o empregador quanto o trabalhador devam orientar a sua conduta com lisura, para que não se frustrem as expectativas de um comportamento correcto, respeitando não só o dever de informação, previsto que está no artigo 106 do CTP, bem como

<sup>798</sup> Cfr. STS, 13/12/1989, (RJ 1998/8824), em que parece negar-se tal circunstância, ao prever-se que se peça a indemnização por incumprimento de um acordo que todavia não existia; pelo contrário, o SSTs, 1ª, 03/06/1994 (RJ 1998/4576) e de 19/07/1994 (RJ 1998/6698).

<sup>799</sup> GARCIA RUBIO, M. P.: *La Responsabilidad pré-contratual en el Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 130.

<sup>800</sup> Cfr. STS, 1ª, 14/06/1999, (RJ 1999/4105), em que não foi apreciada a concorrência de responsabilidade por ruptura de tratamento.

<sup>801</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Vol. II*, Almedina, 2006, pág. 120.

<sup>802</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual do Direito de Trabalho*, Almedina, 1999, pág. 565 e ss; MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 303 e ss.; ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 423 e ss.

<sup>803</sup> Cfr. Acórdão RL, de 01/04/1992, CJ, 1992, II, 201; Acórdão RL, de 09/03/1994, CJ, 1994, II, 163, entre outros.

a lealdade<sup>804</sup> que se insere pela promessa e que determina a amplitude envolvente do vínculo, pois a promessa de um contrato de trabalho é um negócio jurídico a formalidades *ad substantiam*, cuja inobservância determinará a sua nulidade.<sup>805</sup>

Prevê ainda este preceito, que a vontade de se obrigar, a espécie de trabalho a prestar e a respectiva retribuição, têm de constar em termos inequívocos no documento, sob pena de se tornar inválido, pelo que se exige que nesta fase as partes se regulem de uma forma transparente e que a futura celebração do contrato de trabalho não se promovam alterações que coloquem em causa a lealdade que o procedeu, ou seja, prevalece que o empregador tem o dever de informar o trabalhador sobre os aspectos mais relevantes do contrato de trabalho, tal como o trabalhador tem o dever de informar o empregador sobre os aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral, e não obstante este procedimento igualitário<sup>806</sup>, a possibilidade de encontrar soluções diferenciadas consoante a categoria de trabalhadores não está restringida, uma vez que as soluções jurídicas nesta matéria dependem da concretização de conceitos indeterminados, nomeadamente do que sejam os aspectos relevantes do contrato de trabalho ou os aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral.

Aquando do momento da concretização preliminar da promessa de contrato de trabalho ou do pré-contrato, devem ser ponderadas e chamadas à colação a cláusula geral da boa fé através do dever de informação recíproco<sup>807</sup> e que será o “*ponto de equilíbrio*” inicial do dever de lealdade na formação do futuro contrato de trabalho.

O dever de informação só está previsto no ETE para a formalização do contrato de trabalho, através do parágrafo 5, do artigo 8, devendo o empregador estar imbuído de lealdade na prossecução deste objectivo, porém e como temos vindo a afirmar, e apesar de o legislador laboral não prever o pré-contrato, subsidiariamente e através do CCE pode configurar uma relação jurídico-laboral futura presumindo que o dever de informação será pelos ditames razoáveis da honestidade.

Esta lealdade pré-contratual dependerá, em parte, da natureza da relação jurídica e da finalidade que o empregador e trabalhador prossigam, sendo o dever de informação e

<sup>804</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, 2006, pág. 133, e no mesmo sentido MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual do Direito de Trabalho*, Almedina, 1999, pág.557.

<sup>805</sup> Acórdão RL, de 26/02/1986: *Col. Jur.* 1986, 1º -148.

<sup>806</sup> APOSTOLIDES, COSTA, S.: *Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Lisboa, 2008, pág.175.

<sup>807</sup> MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *Direito das Obrigações I*, 5ª Ed., Almedina, pág. 57, em que refere através do artigo 227 do CCP: “(...) estabelecem-se deveres de protecção recíprocos, por forma a evitar que durante as negociações surjam danos para a outra parte, deveres de informação, por forma a que a ambas as partes disponham de uma informação esclarecida sobre o objecto da negociação e deveres de lealdade, de onde pode resultar um dever de não romper injustificadamente as negociações”.

protecção uma forma de assegurar as responsabilidades prévias da contratação, e é neste hiato temporal que as partes tacitamente estabelecem confiança que será preservada através do acordo derradeiro.

Segundo a perspectiva laboral, é um contrato meramente “*melhorado*”<sup>808</sup> que ainda não foi consumado, e terá as mesmas características de “*pré-contrato de trabalho*”<sup>809</sup>, cujo o incumprimento pelo empregador, e perante uma promessa não permitirá ao trabalhador reclamar créditos laborais, mas tão somente requerer<sup>810</sup> judicialmente os danos da ruptura pela não consumação do contrato.

O dever de lealdade deve presidir em toda a relação entre as partes que negociam e na fase prévia à contratação os deveres de conduta são uma faculdade inerente à concretização do contrato, e tal como o STE<sup>811</sup> refere a decisão de um banco espanhol que ofereceu uma vaga numa sua filial e o trabalhador após uma série de selecções e actos pré-contratuais, e tendo plena convicção que iria desempenhar essa função providenciou para essa transferência, e posteriormente o banco desiste da contratação. O Tribunal espanhol com fulcro na teoria da *culpa in contrahendo* julgou que a instituição bancária deveria indemnizar o trabalhador de todos os prejuízos devido a uma atitude desleal e injustificada.

O uso da faculdade de não contratar durante a fase preliminar ao contrato de trabalho causa consequências jurídicas diversas, isto é, o dever de reparar os danos ocasionados à outra parte, em virtude da violação do dever de lealdade que tinha relativamente a outra parte nas negociações. Assim, o dever de reparar o dano caracterizar-se-á quando sem justo motivo um dos promitentes desiste de contratar. Devemos considerar, também, um factor importante que deve ser considerado quanto ao apuramento da responsabilidade pré-contratual, o facto não é simplesmente de o empregador ter desistido pura e simplesmente da contratação do trabalhador, mas de preferir realizar o negócio jurídico-laboral com um terceiro, ou com nenhum, mesmo tendo iniciado as prerrogativas preparatórias com outro indivíduo.

Todavia a questão sobre esta matéria é questionável a nível laboral, haja ou não lacunas legislativas por parte do legislador espanhol ou excesso de zelo por parte do legislador

<sup>808</sup> GIRÓN MARTÍNEZ, J., VARELA ARUFE, A., y VÁSQUEZ CARRIL, M. X.: *Derecho del Trabajo*, 2ª Ed., Netbiblo, 2005, pág. 161.

<sup>809</sup> Um estudo detalhado encontra-se em ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático jurisprudencial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 24. No CCE não existe uma regulamentação do “*pré-contrato*”, utiliza-se o conceito de promessa de contrato no artigo 1451, apesar de doutrinalmente e jurisprudencialmente se fazer referência; no CCP fala-se em “*preliminar*” no artigo 410.

<sup>810</sup> Cfr. Artigo 1101 do CCE, pois o ETE simplesmente o não prevê.

<sup>811</sup> A decisão referida é de 16 de Maio de 1988, sob STSJ / RAJ 4308.

português, porque se existe por parte do empregador a intenção de contratar e o trabalhador de receber o trabalho, porque não se limitam as partes a convencionar o contrato de trabalho?

A utilidade do contrato de promessa de trabalho ou do pré-contrato poder-se-á encontrar no desejo de vinculação, apesar de que possa existir algum inconveniente por falta de uma qualquer documentação necessária<sup>812</sup>, ou para evitar uma publicidade despropositada, e daí que possa resultar comprometedor estas definições, porque existe a obrigação das partes celebrarem posteriormente um novo contrato e como tal requererá a prestação de um novo consentimento.

Porém não se olvide que qualquer uma das denominações supõe a existência de um contrato com todos os elementos essenciais e no qual a eficácia fica condicionada pela vontade das partes, e quando se dá essa mesma vontade, não deverá ser necessário um novo acordo para a verdadeira efectivação do contrato, até porque o seu conteúdo está perfeitamente determinado no acordo pré-contratual.

A relevância do dever de lealdade na fase prévia da contratação permite-nos considerar que o dever de informar, porque para uma melhor identificação de responsabilidades, este dever constitui uma obrigação legal de conduta cujo conteúdo consiste no dever de cooperar dentro de um comportamento padronizado de empregador e trabalhador; não esquecendo que o dever de informar tem a sua origem no princípio da *bona fides* objectiva o que determinará nesta fase, que o comportamento de uma das partes provoca na outra parte uma conduta pautada na lealdade, na probidade, na confiança e na total ausência de intenção prejudicial,

---

<sup>812</sup> Neste sentido a Sentença do T.S.J. Madrid, 781/2010, de 10 de Novembro: "(...)Nuestro Código Civil diferencia claramente en el art. 1089 como fuente de las obligaciones los "actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia", de las otras fuentes, a saber: la ley, los contratos y los cuasicontratos. Sin embargo, aun cuando pueda parecer que hay una total separación entre las obligaciones que tienen su origen en los actos u omisiones culposos o negligentes, y las que surgen de la ley, de los contratos y de los cuasicontratos, está ya abandonada la doctrina que contraponía la responsabilidad contractual a la extracontractual debido a la distinta naturaleza del deber transgredido, reconociéndose en la actualidad que no hay más que diferencias de régimen entre ellas. Asimismo, y según indica la propia resolución recurrida, la jurisprudencia viene declarando que se conoce por precontrato el compromiso formal de las partes de celebrar un contrato de trabajo (sentencia del Tribunal Supremo de 23-10-1986), bastando para determinar si existe o no precontrato la concurrencia de la oferta y aceptación sobre unas condiciones de trabajo, cuyo incumplimiento da lugar a una indemnización por daños y perjuicios (sentencia del Tribunal Supremo de 23-5-1988), y que para la determinación de dicha indemnización, deberá tenerse en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, entendiendo por tal el que de modo presunto y de forma razonable se hubiese derivado del incumplimiento contractual, habiéndose señalado también que los efectos del incumplimiento del contrato por parte de la empresa en el Estatuto de los Trabajadores no tienen en el incumplimiento del precontrato otro valor que el de un punto de referencia, meramente orientativo, para, en unión a otros factores de mayor relieve, determinar los efectos del incumplimiento a tenor de los artículos 1101 y concordantes del Código Civil (sentencia del Tribunal Supremo de 15-3-1991). Así, si dicho precontrato se incumple por la empresa, ésta incurre en culpa 'in contrahendo' (sentencia del Tribunal Supremo de 16-12-1976) y por imperativo de lo previsto en los artículos 1101 y 1103 y concordantes del Código Civil, está obligada a la indemnización de los daños y perjuicios causados al trabajador (Sentencia del Tribunal Supremo de 30-10-1988)".

isto é, estabelece-se uma relação de lealdade sequencial até à consolidação do contrato de trabalho, se não forem defraudadas as expectativas por omissão ou erroneamente provocadas por uma das partes.

O dever, ou os especiais deveres de informação, consagrados no CTP e ETE amparam-se no dever de lealdade, quer nos preliminares, quer na formação dos contratos, e não têm directa projecção na caracterização do contrato firmado ou firmando, em termos de, sem o seu cumprimento, se concluir que eles são necessários para o desenho dessa específica forma negocial, pois entre o contrato-promessa de trabalho e o contrato definitivo verifica-se não só uma sequência temporal como também uma interligação: o contrato definitivo está condicionado pelo que foi estabelecido no contrato promessa, e trata-se da chamada coligação genética.<sup>813</sup>

Observado o acordo, não podemos deixar de o qualificar como um típico contrato de transacção, tal como é definido pelo número 1, do artigo 1248 do CCP<sup>814</sup>, daí a prática, generalizada -, nos tribunais de trabalho portugueses de se julgarem válidas transacções judiciais no âmbito das quais, em processos de impugnação de despedimento, os trabalhadores transigem/desistem/renunciam em relação a créditos laborais, pondo termo aos respectivos processos, no sentido da não verificação da irrenunciabilidade depois da cessação de facto.<sup>815</sup>

Contudo esta fase preliminar pode ter uma outra variável que não deixa de ser relevante acentuá-la e é precisamente a fase de selecção e recrutamento, que têm particularidades muito específicas e abrangentes, e em que os deveres dos trabalhadores e obrigações dos empregadores, são por vezes adulteradas primordialmente por interesses financeiros onde impera o “*Return on Investment*” (ROI), mas cinjamo-nos à selecção e recrutamento.

Uma situação pouco habitual é que num processo de recrutamento se finalize com um único candidato potencialmente capaz de ocupar uma determinada função, o que por si só

<sup>813</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho, II, Tomo I, (Contrato de Trabalho)*, 3ª Ed., Almedina, Lisboa, 1999, pág. 628.

<sup>814</sup> “1. Transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões. 2. As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido.”

<sup>815</sup> P. ex.: Acórdão Rel. Lisboa de 6.6.1990, in CJ, t. III, pag. 190, Acórdão do STJ de 3.07.96 em www.dgsi.pt, proc. 96S248, Acórdão do STJ de 12.5.99, in CJ t. II, pág. 281, Acórdão da Rel. do Porto de 22.05.2000, CJ, 2000, T. III, pag. 246, Acórdão STJ de 24-11-2004, in www.dgsi.pt, processo 04S2846, Acórdão STJ de 25-5-2005, in www.dgsi.pt, processo 05S480, Acórdão da Rel. de Lisboa de 28-9-2005, in www.dgsi.pt, processo 1693/2004-04, Acórdão da Rel. de Coimbra de 2-3-2006, in www.dgsi.pt, processo 3900/05, Acórdão da Rel. do Porto de 8-5-2006, in www.dgsi.pt, processo 0542317, Acórdão do STJ de 8-6-2006, in CJ/STJ, t. II e CJ-on line ref. 7953/2006, Acórdão da Rel. de Coimbra de 11-1-2007, in www.dgsi.pt, proc. 355/05.0TTLRA.C1).



pode desvirtuar a honestidade do processo, e uma vez decidido o candidato a trabalhador formaliza-se a oferta através da contratação, mas pode ser neste início de uma relação jurídica que podem surgir as primeiras complicações pelo surgimento da necessidade de compromissos mútuos entre trabalhador e empregador de cláusulas não debatidas anteriormente, o que pode denotar que qualquer uma das partes renuncie ao acordo, pelo que é extremamente importante que haja uma especificação no início do processo das condições contratuais oferecidas, tão exaustivas quanto possíveis e necessárias obedecendo ao dever de informação de forma leal e honesta, pois será a forma de se pouparem custos desnecessários, bem como potenciais litígios.

Se não se comprova a materialização prévia do acordado entre empregador e trabalhador devem as negociações ser encerradas, pois a falta de intenção só pode vir a traduzir-se em deslealdade e resultar numa situação dolosa, como poderá ser o caso de uma das partes ter como objectivo primordial a obtenção de informações da outra parte, e neste caso o dever de lealdade impõe-se, pois é preferível ser leal no início da contratação que desleal numa fase posterior.

A infracção de um certo dever de confidencialidade produzirá os mesmos atributos que todos os outros deveres pré-contratuais apesar de que o dever de lealdade não impor que uma das partes, e de forma espontânea, exteriorize um sentimento dúbio e por vezes marcado pela emotividade, por outro lado e o facto de existirem negociações pré-contratuais e perante um qualquer avanço das mesmas, implica no ordenamento jurídico espanhol o dever de alcançar o acordo, pois a liberdade permite sempre o afastamento de uma das partes, seja em que fase for<sup>816</sup>, ainda que e em certas circunstâncias, o rompimento dos tratos preliminares possa ser fonte de responsabilidade<sup>817</sup>, e tal acontece quando uma das partes abandona as conversações

---

<sup>816</sup> Entre outras: STS, 1ª, 03/06/1998 (RJ 1998/3715), (...) *en la que existía además un “acuerdo de intenciones”*. Así se afirma expresamente en el art. 1245.1 CCE, de la referida Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, preparado por la Comisión General de Codificación y publicado en 2009.

<sup>817</sup> Cfr. a STS de 13 de Diciembre de 1989 (RJ 1998/8824), “(...) *al estimarse que se pide la indemnización por incumplimiento de un acuerdo que todavía no existía*. Veja-se, por sua vez, as SSTs, 1ª, 3.6.1994 (RJ 1998/4576) y 19.7.1994 (RJ 1998/6698), *en las que tampoco se estima la responsabilidad por incumplimiento de un presunto precontrato, pero en las que obiter dicta se afirma que “(...) la fijación de una indemnización de daños y perjuicios no va siempre vinculada al incumplimiento de un precontrato, puesto que, también cabe en casos excepcionales que se atribuya a la ruptura de tratos preliminares al contrato” (el énfasis es añadido)*. En la STS 25.4.2008 (RJ 2008/1994) se desestima la demanda porque “no se pasó de conversaciones preliminares o actos previos al contrato de compraventa”, pero no se había pedido la responsabilidad por ruptura, sino el cumplimiento del contrato, que no se probó que hubiera sido celebrado (...)”.

preliminares a ponto de induzir a outra parte a confiar o suficiente na perspectiva conclusiva do contrato.<sup>818</sup>

Para se verificar uma conduta valorativa de confiança, o empregador e trabalhador, seja em que fase for nas negociações prévias, devem criar vínculos de responsabilidade de forma a não prejudicar a convicção depositada, e nesse sentido a maioria da doutrina refere um comportamento leal em toda a fase prévia da contratação, sendo que a força obrigatória contratual, o dever de lealdade e o efeito produzido pelo contrato de trabalho configura um contrato bilateral e sinalagmático, porém na fase preliminar, extremamente prudente, pois e perante os novos protagonistas de serviços e intercâmbios, a distorção da informação pode surgir, quando o possa ser dos principais interlocutores: empregador e trabalhador.

Não esqueçamos que entre o contrato-promessa de trabalho e o contrato definitivo verifica-se não só uma sequência temporal como também uma interligação, o que significa que o contrato definitivo está condicionado pelo que foi estabelecido no contrato-promessa, mormente quanto ao pacto de permanência, que vincula o trabalhador na vigência do contrato de trabalho.

### ***3. O dever de lealdade na celebração do contrato de trabalho***

É uma realidade insofismável que a preparação de um candidato a trabalhador sofre uma série de adversidades que, ou por lhe serem perfeitamente insensíveis ou por outro lado porque são determinadas por negligência ou dolo, estabelecem ou podem estabelecer, o corolário de um futuro profissional ou um hiato que vai da candidatura à efectivação.

Na fase contratual a conduta leal implica que vários deveres acessórios à obrigação principal implique em deveres posteriores ao término do contrato, deveres *post pactum finitum* -, como o de guarda de documentos, fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados.

Esses deveres acessórios de conduta, podem ser definidos como deveres que, não interessando à obrigação principal, são todavia essenciais ao correcto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra e são frequentemente divididos em deveres de protecção, de esclarecimento e de lealdade.

---

<sup>818</sup> GARCIA RUBIO, M. P.: *La Responsabilidad pré-contratual en el Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 447-452.

Os primeiros dizem respeito à obrigação das partes de evitar, no curso do fenómeno contratual, que sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios.

Os segundos obrigam as partes na vigência do contrato, a informarem-se mutuamente de todos os aspectos relativos ao vínculo, de ocorrências que com ele tenham relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual possam advir.

O dever de lealdade obriga as partes a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do contrato ou desequilibrar o âmbito das prestações por elas consignado.

Insere-se a noção de pós-eficácia das obrigações no âmbito da função integrativa da boa fé objectiva como um dever acessório de lealdade, sendo que estes deveres acessórios são aqueles impostos e que têm como objectivo a concretização do contrato de trabalho, mas não orientados para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação, que é a actividade do trabalhador.

O contrato de trabalho estabelece entre o empregador e o trabalhador um vínculo que constitui o cumprimento no seu objecto, e essa obrigatoriedade que daí sobrevém obriga ao seu cumprimento, ou seja, não é propriamente a obrigação do contrato, mas sim a obrigação da relação jurídica criada pelo próprio contrato de trabalho, ficando as partes aglutinadas pela honestidade e lealdade recíprocas, contudo é uniformemente aceite o contrato de trabalho como forma de vinculação das partes, assumindo uma importância acessória na definição dos direitos e obrigações entre empregador e trabalhador, e é exactamente esta função acessória que assume supremacia na celebração do pacto.

Define o legislador português contrato de trabalho como todo aquele que uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, sob a autoridade e direcção destas, e desta forma, pelo CTP, existe o dever de lealdade recíproco na definição do contrato de trabalho: o dever de lealdade por quem se obriga a fazer um serviço e a respeitar o comando e o dever de lealdade a quem se obriga a retribuição, por quem recebe o serviço e comanda,<sup>819</sup> e com a celebração do contrato de trabalho o trabalhador assume uma obrigação principal, a de prestar a sua actividade ao empregador, executando o trabalho de harmonia com as instruções daquele a quem compete o poder de direcção, ou seja, o de: “(..) estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”, cfr. artigo 97 do CTP.

---

<sup>819</sup> ROCHA, ISABEL, e PIMENTA, NUNO GUSTAVO: *Código do Trabalho*, 4ª Ed., Porto Editora, Porto, 2010, págs. 23-24.

No Direito do Trabalho português a autonomia da vontade não pode ser considerada uma vontade plena, pois a intervenção do legislador-Estado, impõe normas que protegem a real vontade do trabalhador, e por sua vez determinam os poderes do empregador, de tal forma que esta limitação subordina o trabalhador ao potencial económico do empregador, pelo que jamais pode existir um inter-relacionamento concebido de forma obrigacional.

Para além das disposições que as partes contrataram, e que estão estipuladas na legislação laboral, fortalecem estas disposições, os ideais éticos oriundos da boa fé, para além do princípio da dignidade humana, sendo impossível dissociá-los do contrato de trabalho *per si*, pois se a boa fé adquire no Direito do Trabalho um privilégio especial, sendo que é através do contrato de trabalho que empregador e trabalhador, consolidam pela confiança ao longo do tempo, o verdadeiro propósito de pela diligência honesta fazer cumprir as obrigações assumidas com uma conduta que prime pela lealdade do trato.

Através do contrato de trabalho, o trabalhador e o empregador estão sujeitos, a uma presunção<sup>820</sup>, e que após algumas alterações dogmáticas<sup>821</sup>, apresenta hoje uma interpretação que permite a verificação de algumas características enunciadas nas alíneas do referido artigo, e que não se circunscreve a uma mera presunção, mas sim aos indícios invocados, ampliando

<sup>820</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 149, cfr. MARTÍN VALVERDE A., RODRIGUEZ-SANUDO GUTIERREZ, F., y GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 5ª Ed., Madrid, 1996, cit. 462. (...) *a presunção da existência de contrato de trabalho pode surgir a propósito de dois problemas: o da consideração da existência de um contrato de trabalho em situações que não se fundam em manifestações expressas de vontade das partes, e o da qualificação laboral de outras situações, em que as declarações das partes, ou outros elementos indicativos, apontem para uma identificação de outro tipo contratual.*”

<sup>821</sup> AMADO, LEAL J.: *O contrato de trabalho entre a presunção legal e o presumível desacerto legislativo*, Temas Laborais 2, Coimbra Editora, 2007; entende que, apesar de o legislador ter instituído uma presunção, que devia ter como objectivo a facilitação da prova dos elementos associados à presunção, nomeadamente através da inversão do ónus da prova, o objectivo não foi alcançado. Segundo o Autor *"a inusitada extensão da base da presunção (exigência de verificação cumulativa dos diversos factos indiciários) convertia aquele artigo numa norma inútil (por não ajudar a resolver os casos duvidosos) e até, porventura, pernicioso (porque, numa certa leitura da mesma, poderia conduzir o tribunal à conclusão precipitada de que não existiria contrato de trabalho)."*; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 15, e na sequência da análise do artigo 12 do CTP (2003), caracteriza que o conteúdo se revelou de uma utilidade prática muito reduzida, por vários motivos, nomeadamente por se tratar de uma presunção de *"extremo rigor, uma vez que exigia a presença de todos os indícios constantes do art. 12º"*, para mais os indícios têm um valor e importância diferente para a determinação do tipo contratual.

No mesmo sentido a jurisprudência, e é o caso do acórdão do TRP de 21/11/2005, com o n.º 0543392, *"(...) Tal significa que, ontem como hoje, face à face de prova directa dos factos donde se possa concluir pela existência da subordinação jurídica e consequente qualificação do contrato, há que fazer um juízo global acerca dos factos-índice provados, concluindo depois pela qualificação do contrato como de trabalho ou como de prestação de serviços, mas sem o espartilho da verificação cumulativa de todos os factos índice constantes das cinco alíneas do art. 12.º do CT. Na verdade, o entendimento oposto colocará em contradição a presunção constante desta norma e a definição do art. 10.º do mesmo diploma, na medida em que a verificação da primeira é mais exigente do que a prova da segunda, o que representa um non sense na medida em que a presunção tem de estar ao serviço da definição, tanto no plano lógico da política legislativa, como no plano prático da decisão e não o contrário"*.

assim os valores susceptíveis da existência de integrar uma dogmática própria através de uma apreciação global.

O empregador está obrigado a respeitar o trabalhador enquanto seu colaborador e a reconhecer o seu trabalho retribuindo-lhe um pagamento acordado entre as duas partes e dando-lhe as necessárias condições de trabalho, bem assim como a verificar a qualidade da execução das tarefas e providenciar formas de aumentar a produtividade dos seus empregados são também obrigações do empresário, além disso, deve precaver situações de risco e garantir a segurança dos trabalhadores, bem como indemnizá-los dos prejuízos resultantes de acidentes ou doenças causados pelo trabalho.

O artigo 12, refere a presunção do contrato de trabalho, a partir de, pelo menos, umas seguintes condições: integração na empresa, ou remuneração fixa, ou sujeição a hierarquia ou cumprimento de horário, ou seja pelo CTP, este caso representa o dever de lealdade do empresário ao trabalhador de se presumir um contrato de trabalho, a partir de, pelo menos, um dos requisitos de integração na empresa, ou remuneração fixa, ou sujeição à hierarquia ou cumprimento de horário.<sup>822</sup>

Na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador, e observa-se que, pelo CTP, em relação aos deveres gerais das partes, o compromisso de cumprimento dos deveres, inclusive o dever de lealdade, deve sempre imperar, de tal modo que os empregadores devem promover a condição humana, profissional e social do trabalhador, e que, por sua vez, deve desempenhar o serviço para a obtenção da maior produtividade possível.<sup>823</sup>

No artigo 127, determina-se que o empregador deve respeitar e tratar o trabalhador com urbanidade e probidade; deve pagar pontualmente a retribuição, que deve ser justa e adequada ao trabalho; deve proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral; deve contribuir para a elevação da produtividade e empregabilidade do trabalhador, proporcionando-lhe formação profissional adequada a desenvolver a sua qualificação; deve respeitar a autonomia técnica do trabalhador que exerça actividade, cuja regulamentação profissional a exija; deve possibilitar o exercício de cargos em estruturas representativas dos trabalhadores; deve prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a protecção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de

<sup>822</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, págs. 21-22.

<sup>823</sup> GOMES VIEIRA, J. M.: *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 41-43.

acidentes de trabalho; deve adoptar, no que se refere a segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho; deve fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente ou doença; deve manter actualizado, em cada estabelecimento, o registo dos trabalhadores com indicação de nome, datas de nascimento e admissão, modalidade de contrato, categoria, promoções, retribuições, datas de início e termo das férias e faltas que impliquem perda da retribuição ou diminuição de dias de férias. Determina-se que, na organização da actividade, o empregador deve observar o princípio geral da adaptação do trabalho à pessoa, com vista a atenuar o trabalho monótono ou cadenciado em função do tipo de actividade, e as exigências em matéria de segurança e saúde, designadamente no que se refere a pausas durante o tempo de trabalho. Impõe-se também ao empregador o dever de proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal.

No artigo 128, estabelece-se o dever do trabalhador de respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa, com urbanidade e probidade; e entre outros deveres proclamados, o dever guardar lealdade ao empregador, nomeadamente<sup>824</sup> não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios, e a este propósito é interessante referir a denominada “*cláusula de não-depreciação*”<sup>825</sup> que se tornou comum em países como os EUA, sendo estipulado um acordo elaborado para que o trabalhador não critique, ridicularize ou deprecie a empresa empregadora ou os seus sócios em comunicados com os clientes, fornecedores, parceiros, com a imprensa, ou com qualquer outro tipo de *mídia* enquanto durar o contrato de trabalho, e após o seu fim por um tempo pré-estabelecido, devendo, e em contrapartida, os sócios da empresa empregadora também não poderem depreciar o trabalhador.

Determina-se que o dever de obediência respeita tanto a ordens ou instruções do empregador como de superior hierárquico do trabalhador, dentro dos poderes que por aquele lhe forem atribuídos, ou seja, o dever de lealdade em obedecer tanto a ordens ou instruções do

<sup>824</sup> O advérbio “*nomeadamente*” constante de tal disposição, constitui entendimento pacífico na doutrina portuguesa e na jurisprudência, não estar circunscrito às obrigações de não concorrência e de sigilo, tal como previstas, mas sim um expressão decorrente da boa fé previstas através do cumprimento das obrigações enunciadas no n.º 2 do artigo 762 do CCP, daí que possamos afirmar que o dever de lealdade decorre dos princípios gerais da boa fé, como obrigação do trabalhador se abster de praticar actos contrários à relação jurídico-laboral, como e aliás reiteramos.

<sup>825</sup> Conceito de “*Non-Disparegement*”; pesquisa efectuada em 01 de Maio de 2013: <http://www.wirelessweek.com/article/CA523806.html>.

empregador, como de superior hierárquico do trabalhador, dentro dos poderes que por aquele lhe forem atribuídos.<sup>826</sup>

No artigo 129, refere que é proibido ao empregador: opor-se, por qualquer forma, a que o trabalhador exerça os seus direitos, bem como despedi-lo, aplicar-lhe outra sanção, ou tratá-lo desfavoravelmente por causa desse exercício; obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho; exercer pressão sobre o trabalhador para que actue no sentido de influir desfavoravelmente nas condições de trabalho dele ou dos companheiros; diminuir a retribuição, salvo em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho; mudar o trabalhador para categoria inferior; transferir o trabalhador para outro local de trabalho, salvo excepção em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, ou ainda quando haja acordo; ceder trabalhador para utilização de terceiro, salvo excepção em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho; obrigar o trabalhador a adquirir bens ou serviços a ele próprio ou a pessoa por ele indicada; explorar, com fim lucrativo, cantina, refeitório, economato ou outro estabelecimento directamente relacionado com o trabalho, para fornecimento de bens ou prestação de serviços aos seus trabalhadores; fazer cessar o contrato e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, com o propósito de o prejudicar em direito ou garantia decorrente da antiguidade.<sup>827</sup>

Preconiza o CTP que o dever de lealdade decorre assim de uma estreita relação de confiança entre as partes em que se acentua o elemento fiduciário dessas relações, sendo necessário que a conduta do trabalhador seja de molde a não por em causa essa confiança, criando no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura do comportamento do seu trabalhador e como tal a lealdade é condição essencial na relação do trabalho subordinado, sendo que a quebra daquele dever por parte do trabalhador, poderá vir a constituir justa causa de despedimento se não for possível reconstituir no empregador a confiança perdida, pondo, assim, definitivamente em causa a subsistência da relação de trabalho.<sup>828</sup>

A boa fé subjacente ao contrato de trabalho, e tal como vem acontecendo com no CTP, tem um inconfundível vínculo com os conceitos jurídicos indeterminados, e é uma realidade

<sup>826</sup> QUINTAS, H., e QUINTAS, P.: *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012, págs. 81-83.

<sup>827</sup> ROCHA, ISABEL, e PIMENTA, NUNO GUSTAVO: *Código do Trabalho*, 4ª Ed., Porto Editora, Porto, 2010, págs. 55-56.

<sup>828</sup> Entre a variadíssima jurisprudência portuguesa, e como exemplo: Proc. 117/11.6TTFUN.L1-4. TRL 10.10.2012.

incontestável que este princípio conceptualiza uma interpretação bastante ampla, de tal forma que é convertível num instrumento decisivo na integração de toda a norma jurídico-laboral.<sup>829</sup>

Partindo do princípio que não existe um conceito uniforme da boa fé, é contudo, uma obrigação das partes contratantes a exigibilidade de uma conduta correcta e honesta perante o acordado no contrato de trabalho, obrigando-se a observar uma atitude de respeito, probidade, urbanidade e lealdade, ou seja, no fundo estamos perante uma referência dominante dos valores essenciais, que são recíprocos, e é dessa forma que a colaboração e confiança expressam o espírito do contrato de trabalho.

De resto as normas gerais proclamadas no ETE, bem como as proibições implícitas, permitem-nos afirmar que todo o ordenamento jurídico espanhol e em particular o contrato de trabalho se encontram demarcados através da boa fé, e na verdade o que se pretende, ainda que teoricamente, é que tanto o empregador quanto o trabalhador, sejam tutelados por normas de comportamento que evitem um qualquer malogro que ponha um *terminus* no contrato.

A boa fé na legislação espanhola supõe proteger as relações jurídicas tendo como objectivo o cumprimento de razões de ordem moral ou do social, e como tal converte-se num critério organizador dessas relações modelando o contrato de trabalho em conformidade com os preceitos de conduta consideradas que são, enquanto dignas de respeito.<sup>830</sup>

Na relação individual de trabalho, no artigo 4 do ETE, relacionam-se os direitos dos trabalhadores, tais como: direito ao trabalho e liberdade de escolha da profissão ou ofício, direito de liberdade de se filiar às entidades sindicais, direito à negociação colectiva, direito na adopção de medidas de conflito colectivo, direito à greve, direito de se reunir e direito de participação na Empresa. Observa-se que o direito do trabalhador constitui no dever do empregador em garantir o exercício do direito do trabalhador e, como estão relacionados os direitos básicos, referem-se ao dever de lealdade como dever básico do empregador, do contrato de trabalho, ou seja, o dever de lealdade do empregador, está relacionado na garantia do exercício do próprio direito. Por fim, o dever de lealdade do empregador em garantir o direito do trabalhador de manter a sua integridade física, adequando-se uma política de higiene e segurança no trabalho; dever de lealdade do empregador em garantir o direito do trabalhador de respeito à intimidade e dignidade do trabalhador, em relação às ofensas verbais, físicas ou sexuais; dever de lealdade do empregador em garantir o direito do trabalhador de receber o salário pactuado pontualmente, no dia certo; dever de lealdade do empregador em

<sup>829</sup> DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, Pág. 123.

<sup>830</sup> MONTOLYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 17.



garantir o direito do trabalhador ao exercício individual das acções derivadas do contrato de trabalho.<sup>831</sup>

Em relação à boa fé, ambas as partes, trabalhadores e empregadores, obrigam-se a exercê-la, conforme os artigos 40, 41, 51, 54 e 89, portanto pelo ETE, exige-se o dever de lealdade, entre trabalhadores e empregadores, nas negociações de mudança de local de trabalho, nas alterações substanciais das condições de trabalho, no despedimento colectivo, e na transgressão ao contrato de trabalho.<sup>832</sup>

O que interpretamos do conceito de contrato de trabalho estabelecido pelo ETE, é a obrigação de que o trabalhador deve trabalhar, mas que não seja de qualquer forma, mas de maneira que possa garantir o melhor cumprimento da obrigação que o vincula, e que tal actuação seja a satisfação do empregador, ou seja, a relação laboral que é atribuída no parágrafo 2, do artigo 20 do ETE, é uma questão de saber se o que abrange o dever de diligência do trabalhador é o próprio dever de trabalhar, ou pelo contrário são as suas obrigações resultantes de um contrato de trabalho que configuram a forma de actuação da prestação laboral.

Salvo melhor opinião, parece-nos que este preceito legal concebe distintas obrigações, pois o dever de diligência está desprovido de independência ou autonomia perante a prestação principal, isto é, através da prestação do trabalho o comportamento do trabalhador concretiza-se com a realização com o rigor da actividade, e está condicionada pela atitude moral, honesta e leal que implicitamente está englobada.

Perante esta breve apreciação, este artigo determina que o trabalhador e o empregador devem submeter-se às exigências da boa fé contratual, sendo que esta exigência não é uma característica específica do contrato de trabalho, pois pelo contrário, é um princípio geral proclamado pelo artigo 1258 do CCE que estipula as regras entre os contratantes, e neste sentido o trabalhador e o empregador, como aliás qualquer contratante, devem ajustar a sua conduta às normas de honradez e rectidão recíproca, realizando todos os actos inerentes de maneira ao cumprimento da relação laboral, abstendo-se de comportamentos desleais, tais como a concorrência desleal, ao incumprimento de sigilo sobre as actividades da empresa, e proporcionar o desvinculo de um pacto de permanência antes do período estabelecido.

---

<sup>831</sup> FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012, págs. 40-45.

<sup>832</sup> BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 110-115.

Vislumbra-se dos preceitos enunciados que tanto o trabalhador quanto o empregador se obrigam a actuar de forma leal em cumprimento das obrigações e perante os direitos e deveres contratualmente assumidos<sup>833</sup>, sem que contudo se possa concluir das mesmas conclusões um genérico dever de fidelidade<sup>834</sup>, do qual resultaria incompatível com as relações laborais ao nível constitucional.<sup>835</sup>

O legislador espanhol impõe ao trabalhador o dever de boa fé contratual como corolário específico vincado pelo artigo 1258 do CCE como prerrogativa geral, assinalando os eventuais incumprimentos do estabelecido a que este dever está adstrito, e que implicará consequências para quem o violar, ou seja, remete para o número 2, *in fine*, do artigo 20 do ETE a reciprocidade do cumprimento e obviamente das consequências do incumprimento.

O dever de respeito e dignidade ao trabalhador, como pessoa que é, assiste-lhe o direito a ser tratado como tal, ou seja, o empregador deve abster-se de violar a dignidade e provocar actos humilhantes ou desvirtuar a actividade do trabalhador, porque se assim não for, está a ser desleal e violador de uma expressão básica e nuclear da relação laboral, e salvaguardada constitucionalmente.

No ponto de vista jurídico o empregador constrói uma relação laboral sobre uma base conformada pela obediência e lealdade de uma pessoa subordinada à sua direcção e autoridade, prevista que está constitucionalmente e laboralmente, contudo, é elementar que não se possa considerar a existência de uma supremacia jurídica fundada e outorgada pela posição de superioridade que detém.

Desta eventual desigualdade, não pode resultar em submissão ou subserviência do trabalhador, mas, e perante as contingências globalizadas do mercado de trabalho, como manter esta virtuosidade de um trabalhador leal, ou um empregador leal?

No ETE, há uma equiparidade maior do dever de lealdade entre trabalhadores e empresários do que o encontrado no CTP, como um dever básico na elaboração do contrato de trabalho, de tal modo que, este tipo de situação tende a tornar as negociações colectivas mais equilibradas e menos conflituosas, em tese.<sup>836</sup>

<sup>833</sup> Cfr. SSTs, 4 de Março de 1991, 25 de Junho de 1990, 20 de Novembro de 1989, etc..

<sup>834</sup> S. DEL REY GUANTER.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, pág. 122.

<sup>835</sup> STC 20/2002, de 28, cfr. cit. no S. DEL REY GUANTER.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, pág. 122.

<sup>836</sup> Se os parâmetros iniciais de uma negociação já indicarem que ambas as partes entram na negociação com os mesmos direitos e deveres, é provável que a negociação possa transcorrer sem problemas, em que, cada novo direito, determinará nova obrigação. Ver: VANDERMAAS, T.: *A Question Of Loyalty*, Wiley and Sas Business Series, New York, 2011, págs. 54-55.

Em Espanha não existe uma real presunção da subordinação jurídica, pois o preceituado no parágrafo 1, do artigo 8 do ETE, limita-se a estabelecer que "*cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo*", ou seja, reproduz a definição do artigo 1, do referido ETE, de onde se extrai que os requisitos da presunção são praticamente idênticos.

Desta apreciação resulta que o facto da terminologia "*dever de lealdade*" não constar no ETE, talvez, é pelo menos a nossa convicção, preterida pela razão histórica que a palavra "*fidelidade*" que tratava, naquele "*velho*" conceito vinculativo e personalíssimo entre o patrão e o trabalhador, com um cariz totalitário, de qualquer forma o empregador e trabalhador estão submetidos à razão genérica da boa fé contratual, e a terminologia literal está implícita, mais genérica e com uma certa dose de neutralidade é uma realidade, mas o conteúdo de lealdade está presente.

O dever de lealdade é através do ETE, a ilação sinónima de um princípio ético e do resultado de uma interacção obrigacional entre as partes envolvidas na relação laboral, tendo como corolário a boa fé contratual,

Perante a violação do dever de lealdade na elaboração do contrato de trabalho e considerando os pressupostos vinculativos atinentes, estaremos na contingência de que o negócio jurídico venha a estar "*ferido de morte*", o que o tornará ineficaz, e que tanto o legislador português como o espanhol, assim o previu através do artigo 121 do CTP e do artigo 9 do ETE.

Desta forma a invalidade verificar-se-á quando estiver em causa a subsistência do negócio pela falta dos respectivos requisitos, pela violação de lealdade ou pela ocorrência de vícios, (ou inidoneidade<sup>837</sup>) o que pode resultar em nulidade e ainda se o contrato é ineficaz em sentido restrito e não produz efeito, total ou parcial.<sup>838</sup>

E ainda que essa ineficácia possa ser total ou parcial<sup>839</sup>, manter-se-á a subsistência do contrato, salvo quando se demonstre que não teria sido concluído sem a parte viciada e, através do facto de que alguma cláusula do contrato viole qualquer norma imperativa pelo que será automaticamente substituída por essa mesma norma, ou seja, a regra da invalidade no CTP mais não é que o regime civil do negócio jurídico que contempla a anulabilidade ou

<sup>837</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 325.

<sup>838</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 177.

<sup>839</sup> Cfr. Acórdão da RL, de 11/071994: *Col. Jur.*, 1994, 4º-242.

nulidade previstas que estão no artigo 292 do CCP, uma vez que seja colocada de lado a invalidade.<sup>840</sup>

Interessante poder verificar que o dever de lealdade está nesta matéria conceptualizado também pela reciprocidade, e é ilustrativo o facto de um empregador fazer cessar um contrato de trabalho nulo ou anulável, invocando a sua invalidade, a cessação será considerada lícita e o trabalhador terá apenas direito às prestações do trabalho efectuado, enquanto o contrato esteve em execução, como aliás refere alguma jurisprudência.<sup>841</sup>

Estabelece o CTP que um contrato de trabalho a termo resolutivo elaborado com o intuito de invocar uma justificação para o termo, insuficiente ou fraudulenta com o intuito de iludir as disposições que regulam a formação do contrato resolutivo, denota deslealdade, e como tal o contrato terá uma eficácia *ex nunc*, como refere a alínea a), do número 1, do artigo 147 do CTP.

Ora preceitua o número 1, do artigo 123 do CTP que: “*o contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução*”, isto é, nos termos do transcrito normativo, a declaração de nulidade não tem efeito retroactivo, se o contrato foi executado, nem determina a emergência da obrigação de restituição recíproca do recebido, o que traduz que, a nulidade só opera para o futuro, bem como os factos extintivos ocorridos antes da declaração de nulidade ou anulação do contrato de trabalho aplicar-se-ão as normas sobre a cessação do contrato, pelo que se conclui que a regra de que o contrato de trabalho inválido produz efeitos como se fosse válido, enquanto se encontra em execução, estende-se aos próprios actos extintivos, até que a nulidade seja declarada ou o contrato anulado, mas o legislador vai mais longe e proclama que a invocação de invalidade, pela parte que está de má fé e que celebrou o contrato de trabalho com esse intuito, sendo que a outra parte mantém um comportamento leal, implicará uma indemnização.

O legislador espanhol considera de forma implícita no artigo 1303 e ss do CCE, a declaração de nulidade de um contrato, o facto da reciprocidade em termos obrigacionais da restituição das prestações efectuadas, porém os efeitos da invalidade contratual são mais abrangentes. O artigo 9 do ETE estabelece, tal como no CTP que se uma cláusula do contrato de trabalho é nula permanecerá eficaz no restante, e se o contrato de trabalho houver sido elaborado com alguma falta dos requisitos impostos e resulte nulo, o trabalhador poderá exigir

<sup>840</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 178.

<sup>841</sup> Cfr. Acórdão RL, de 09/04/2008:Proc.1466/2008-4dgsi.net.

a retribuição pelo trabalho prestado como se o contrato fosse válido, e hoje em dia a doutrina entende que para uma consensualidade de preceitos deve aplicar-se analogicamente o preceituado no CCE através dos artigos 1305 e 1306, e doutrinamente estamos convictos que a lealdade e correcção na celebração do contrato de trabalho deve ter uma co-responsabilidade dos intervenientes, bem como deve haver um desenvolvimento leal na prospectiva da relação jurídico-laboral e, a confiança impõe-se pela reciprocidade das declarações que ficaram redigidas.

A doutrina espanhola considera que a nulidade do contrato de trabalho é *ex nunc*<sup>842</sup> desde o momento da sua declaração até ao futuro. É nossa convicção que no contrato de trabalho, diversamente do que acontece com os contratos de natureza puramente civilista, não pode ser restituído o *status quo ante*, porquanto é impossível devolver ao trabalhador as energias dispendidas na prestação da sua actividade e que lhe foram exigidas, pois se o contrato é nulo, pelos motivos anteriormente expostos, a decretação da nulidade terá efeito *ex nunc* (princípio da irretroactividade das nulidades) e se houve prestação de trabalho, jamais pode ser suprimida a respectiva retribuição (princípio do trabalho feito e salário ganho). Daí que não comungamos da opinião que a nulidade tenha uma eficácia retroactiva ou *ex tunc*, mesmo no que concerne ao direito de retribuição pelo trabalho efectivamente prestado sempre que não esteja de má fé, pois as opiniões desta doutrina referem que efectivamente haverá uma efeito restituitório por força do artigo 1301 do CCE.

Porém, o que nos move não é esta problemática, mas sim o que advém da invalidade provocada pela falta de lealdade na celebração do contrato de trabalho, e sobre esta matéria, os legisladores ibéricos relevam os princípios éticos e de conduta efectuados durante a fase prévia da contratação sejam considerados com a diligência, rigor e lealdade que possam configurar uma obrigação circunstancial efectiva e eficaz, de forma a precaver as vicissitudes que possam impedir a relação laboral.

Como tem vindo a ser explicitado o objecto do contrato de trabalho determina conflitos entre empregador e trabalhador derivados, e como sequência da violação do dever de boa fé, e consequentemente da violação do dever de lealdade, que apesar de acessório, é “*responsável*” pelas motivações de ética profissional das partes, sancionado, é uma realidade.

Para além do dever de lealdade que decorre naturalmente do contrato de trabalho, há situações práticas em que, por factores diversos, é inserido no contrato de trabalho ou através de uma adenda, através de um compromisso de lealdade, sendo que, situações deste tipo

<sup>842</sup> MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 273.

ocorrem, via de regra, com trabalhadores que ocupem cargos de confiança, funções técnicas, funções de especial qualificação, etc.

#### 4. O alcance material e funcional do dever de lealdade

É manifesto no Direito do Trabalho português a relevância do dever de lealdade a que estão sujeitos os trabalhadores, além do mais proclamado no artigo 128 do CTP, com indeclináveis reflexos não só na produtividade da empresa mas também própria garantia no emprego, aliás comum, e como temos vindo a referir na jurisprudência.<sup>843</sup>

Segundo a doutrina alemã, e citada pela doutrina portuguesa<sup>844</sup> o dever de lealdade é mais que os bons costumes, dando azo a responsabilidade *aquiliana* quando violada com dolo, pois surge com um requisito mais pesado e estrito, logo tem a ver com pessoas, e é o que acontece com o contrato de trabalho.

O dever de lealdade constitui na sua plena bilateralidade a expressão *major* dos factores jurídico-pessoais que materializam o contrato de trabalho, em que o trabalhador mantém uma relação idónea com a empresa, bem assim como com os colegas de trabalho, e é

<sup>843</sup> Como se lê no Acórdão do STJ de 09/04/2008, e se reitera do Acórdão RP de 23/11/2009, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) "A violação do dever de lealdade, através da criação de uma situação de concorrência pelo trabalhador, não exige ou implica a efectividade de prejuízos para o empregador em causa, nem o efectivo desvio de clientela, sendo suficiente que esse desvio seja potencial, isto é, não é imperioso que se verifique a prática efectiva de negócios, bastando que o comportamento do trabalhador seja meramente preparatório de molde a criar a expectativa de uma actividade concorrencial". Para que haja violação daquela obrigação, não é, pois, necessário que se verifique a prática efectiva de "negócios" no sentido corrente do termo; basta a criação de um perigo específico de perda de clientela. Nas palavras de MONTEIRO FERNANDES, citado no supra referido Acórdão STJ de 14/07/2010, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). "em geral, o dever de fidelidade, de lealdade ou de 'execução leal' tem o sentido de garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre a sua obrigação representa de facto a utilidade visada, vedando-lhe comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que, autonomamente, determinem situações de 'perigo' (...) para o interesse do empregador ou para a organização técnico-laboral da empresa (...), sendo que, nos cargos de direcção ou de confiança, 'a obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador', o que aponta no sentido de que 'o dever geral de lealdade tem uma faceta subjectiva que decorre da sua estreita relação com a permanência de confiança entre as partes (nos casos em que este elemento pode considerar-se suporte essencial de celebração do contrato e da continuidade das relações que nele se fundam' e que, encarado de um outro ângulo, 'apresenta também uma faceta objectiva', que se reconduz à necessidade do ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio da boa fé no cumprimento das obrigações", "com o sentido que lhe é sinalizado pelo art. 119/1 CTP", donde promana, "no que especialmente respeita ao trabalhador, o imperativo de uma certa adequação funcional – razão pela qual se lhe atribui um cariz marcadamente objectivo – da sua conduta à realização do interesse do empregador, na medida em que esse interesse esteja 'no contrato', isto é, tenha a sua satisfação dependente do cumprimento (e do modo do cumprimento) da obrigação assumida pela contraparte" (*Direito do Trabalho*, 12.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2005, págs. 231-234).

<sup>844</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Direito das Sociedades I*, 2.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Lisboa, 2007, citando ALFRED HUECK, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, 1947, págs. 28 e ss., onde sistematiza a jurisprudência do *Reichsgericht* determinando três situações essenciais de contrariedade aos bons costumes, por parte das deliberações: oposição ao objectivo em jogo, abuso da maioria e uso da maioria simples, quando se exigiria a qualificada.

manifesto que uma manifestação contrária a este dever, configura um alcance para além da obrigação principal, e tem como corolário a garantia de que a actividade contratualizada resulta da perfeita eficácia laboral, impedindo comportamentos que coloquem em causa os interesses do empregador, podendo desta forma contextualizar-se através de um conteúdo positivo, ou seja, através de comportamentos de modo a precaverem prejuízos para a entidade empregadora, bem como um conteúdo subjectivo decorrente da relação de confiança entre as partes, assim como tem um carácter objectivo pela necessidade que decorre do ajustamento da conduta do trabalhador ao principio da boa fé no cumprimento das obrigações.

Ora então, e se definirmos lealdade como fidelidade a uma causa, a um ideal, a um costume, a uma instituição ou a um produto, então parece-nos poder haver uma certa dose de infidelidade no ambiente de trabalho actualmente, e é em nossa opinião, e se não em termos estatísticos, jurisprudencialmente<sup>845</sup> falando -, sê-lo-á pelo facto de uma consciencialização do trabalhador pelas consequências que advêm dessa violação, bem como, e por ordem de exclusão, dos deveres que estão implícitos ao empregador.

Um dilema que se coloca é a factualidade de que a lealdade possa ser, ou não mensurável, porém e determinadamente não o é.

Se assim for, será que o aumento ou a diminuição da lealdade afecta o desempenho da empresa?

Embora a lealdade não esteja, por exemplo, no mesmo nível da produtividade, num conceito de rentabilidade vs rendibilidade -, que afectam directamente os resultados da empresa, poderá haver evidências de que um trabalhador mais satisfeito trabalha melhor e obviamente é mais leal, mas, essa relação não é necessariamente obrigatória.

Quanto poderá valer a atitude do trabalhador que sempre coloca os interesses da empresa à frente de outros factores naquelas situações em que ele tem liberdade de acção?

Provavelmente muito, mas é difícil converter o valor dessa atitude em quocientes financeiros, entenda-se fluxos de fungibilidade.

Será interessante questionar se as empresas deveriam preocupar-se com a cultura da lealdade, para além do que está subjacente à relação laboral -, uma vez que alguns empregadores querem simplesmente que os empregados façam o que lhes foi pedido que fizessem?

---

<sup>845</sup> Acórdão do STJ, nº 08S2064 de 22-10-2008.

O dever geral de lealdade decorre de uma estreita relação de confiança entre as partes em que se acentua o elemento fiduciário dessas relações, sendo necessário que a conduta do trabalhador seja de molde a não por em causa essa confiança, criando no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura do comportamento do seu trabalhador.

Como vem sido amplamente afirmado quer pela doutrina quer pela jurisprudência, este dever constitui uma manifestação reconhecida e consubstanciada pela relação laboral e no cumprimento das obrigações, variando o seu conteúdo com a natureza das funções do trabalhador e esse dever é mais acentuado quanto mais qualificadas forem as funções desempenhadas pelo trabalhador na organização técnico-laboral do empregador,

O dever de lealdade tem o sentido de garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre a sua obrigação representa de facto a utilidade visada, vedando-lhe comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que, autonomamente, determinem situações de perigo para o interesse do empregador ou para organização da empresa.

A doutrina jurisprudencial assinala que a boa fé contratual a que se refere o número 2), do artigo 54 do ETE é a que resulta dos deveres de conduta e comportamento, por força da alínea a), do artigo 5 do referido preceito legal, em relação com o número 2, do artigo 20, e que impõe ao trabalhador a boa fé num conceito objectivo, tal como declarou o Tribunal Supremo na sentença de 22 de Maio de 1986, e que tal, constitui um modelo de tipicidade de conduta relevante, convertida que é na obrigação de cumprimento através da lealdade, honorabilidade, probidade e confiança.

O dever de lealdade existe no Direito do Trabalho, porque há subordinação jurídica através do contrato de trabalho, e esta subordinação jurídica do trabalhador é na legislação laboral espanhola, considerada aliás, de uma forma consensual nos países ibéricos, a contrapartida evidente como característica do poder de direcção, bem como do poder disciplinar que assiste ao empregador<sup>846</sup>, e a legislação laboral intui e faz depreender que o direito do empregador para preservar a autoridade empresarial confere-lhe a titularidade do poder de direcção e do poder disciplinar, ou seja confere um poder potestativo<sup>847</sup> sendo que este poder potestativo compreende a faculdade de poder ordenar as prestações laborais, assim

<sup>846</sup> “(...) *La satisfacción del genérico derecho del empresario, exige que éste por imperativo de la naturaleza de la relación laboral, ostente un haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección), amén de la represión de las conductas ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario)*”. MONTOLYA, MELGAR. A.: *Derecho del Trabajo*, 1981, pág. 326.

<sup>847</sup> ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 1981, pág. 266.



como a de especificar as prestações devidas dentro das possíveis, de acordo com a qualificação profissional dos trabalhadores.

Na diligência da relação contratual as obrigações recíprocas que vinculam o trabalhador e o empregador fazem supor que o exercício dos direitos fundamentais possa ficar limitado, porém, somos de opinião que não poderão existir limitações na relação laboral, e através do contrato de trabalho, pois tal facto condicionaria e que de forma, a própria razão da relação laboral.<sup>848</sup>

Através do ETE é determinada uma exigência de boa fé ao trabalhador no cumprimento do contrato de trabalho, aliás bem conseguido através da alínea a), do artigo 5, parágrafo 2, do artigo 20, e do parágrafo 2, do artigo 54, porém a jurisprudência constitucional demarca que o conceito genérico de boa fé contratual não deve ser confundido com o indefinido dever de lealdade no interesse empresarial.

Mas vejamos, e no que se refere ao dever laboral básico que assume o trabalhador, relativamente ao cumprimento das obrigações concretas a que está adstrito perante o seu posto de trabalho, está implícito perante as regras da boa fé proclamado que está no referido artigo 5 do ETE, exigência esta, e que em qualquer caso, é recíproca entre as partes no contrato de trabalho.

O dever de lealdade corresponde a uma obrigação acessória de conduta conexcionada com a má fé, que pode ter conteúdo positivo ou negativo, sendo que entre as obrigações de conteúdo negativo perfila-se a de não subtrair bens do empregador e, por identidade manifesta, a de não se apropriar de valores que lhe seriam devidos; sendo subjacente ao dever de lealdade o valor absoluto da honestidade, de nada releva o valor concreto da apropriação.

É-nos permitido, e desta forma concluir que no contrato de trabalho, o trabalhador e também o empregador, assumem um dever inicial: cumprir e verem cumpridas as obrigações de forma diligente, ou seja, não basta executar os preceitos estabelecidos no contrato de forma linear, pois e para além da obrigação contratual existe um dever de comportamento.<sup>849</sup>

Esta diligência reflecte uma série de deveres que representam a satisfação dos interesses na execução profícua que impõe o contrato de trabalho com uma dupla tarefa de configuração objectiva e subjectiva, em que a primeira tem como o objectivo final o resultado

<sup>848</sup> Neste sentido, repare-se na jurisprudência do STC 73/1982, de 2 de Dezembro (RTC 1982, 73). STC 120/1983, de 15 de Dezembro (RTC 1983, 120), STC 19/1985, de 13 de Fevereiro (RTC 1985, 19).

<sup>849</sup> MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit. nota n. 94, pág. 320: “No existe, pues, un deber de trabajar, por un lado, y un deber de ser diligente, por otro (...)”.

da prestação e a obtenção do rendimento, e nós acentuamos a produtividade, e em segundo lugar os cuidados e cautelas<sup>850</sup> que estão subjacentes.

Sendo a boa fé um conceito estritamente ligado à confiança mútua, ainda que e por vezes extravase a sua própria dimensão, haveremos que considerar que no âmbito laboral todos os trabalhos estão imbuídos no dever básico da confiança mútua e da correcção inter-partes da lealdade, e daí que independentemente das tarefas assumidas, o trabalhador não deve iludir os deveres básicos, não devendo abusar da confiança que justificou a negociação pré-contratual. Porém, não menos importante, o empregador deve nos seus poderes de mecanismo empresarial assumir que os poderes conferidos também limitam os seus próprios poderes, pois não podem essas faculdades ser entendidas como direitos abrangentes, pelo contrário, essas atribuições só são entendíveis perante um exercício de gestão, com atitudes racionais e funcionais.

O fundamento da quebra do dever de lealdade, confiança e honestidade pode afectar o empregador bem assim como colegas de trabalho, e pode acontecer pelo facto de através da obtenção de uma forma falsa e fraudulenta, e com coacção psicológica, obter uma declaração em que desdiga um qualquer depoimento que entretanto haja sido assumido no seio da empresa, sendo que esse comportamento configura uma violação grave do dever de lealdade e de confiança, e isto independentemente de ter havido ou não prejuízo patrimonial, pois e perante a doutrina<sup>851</sup> e jurisprudência<sup>852</sup> portuguesa estes deveres são susceptíveis de graduações constituindo por tal facto um valor absoluto, porque origina uma quebra da confiança exigida nas relações laborais.

Os deveres acessórios da boa fé transcendem os deveres laborais<sup>853</sup>, pois são os princípios informadores da relação jurídico-laboral do contrato de trabalho, e estes deveres são reciprocamente conjugados de forma à concretização dos objectivos a que se propõem, e quer seja o facto de se agir com zelo, respeito, diligência e lealdade, quer seja a linha de correcção

---

<sup>850</sup> *Ibidem*.

<sup>851</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, 2006, pág. 564., em que refere: “(...) a confiança, não pode ser senão um modo de formular o suporte psicológico, de que a relação de trabalho, enquanto relação duradoura, necessita para subsistir. Ao fazer apelo às ideias de confiança, a jurisprudência reflecte a percepção desse elemento mas deriva, não raro, para a deformação consistente em se atribuir relevância absoluta e indiscriminada à ‘confiança pessoal’ do empregador no trabalhador”.

<sup>852</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 21.04.2009, proferido no processo 153/09.4; e considerando o citado Acórdão, que a diminuição de confiança do empregador resultante da violação do dever de lealdade não depende da verificação de prejuízos para o empregador, nem da existência de culpa grave do trabalhador.

<sup>853</sup> Cfr. sentença do TCE de 25/11/1996 (RTC 1996/186); “(...) implica um limite adicional derivado do princípio da boa fé entre as partes no contrato de trabalho em que estas hão-de ajustar o seu compromisso mútuo”.

e probidade, o intuito do trabalhador será uma colaboração de forma a não prejudicar os legítimos interesses da outra parte, sejam colegas de trabalho, sejam os responsáveis da empresa, isto é, estes deveres têm que estar presentes no cumprimento dos deveres contratuais, e daí que a actividade do trabalhador tenha que ser orientada pelos ditames da lealdade e honestidade.<sup>854</sup>

O trabalhador cumpre a obrigação contratual colaborando com o empregador e com os colegas de trabalho na concretização dos objectivos contratuais e empresariais em conformidade com os fins e causa do contrato.<sup>855</sup>

O comportamento correcto e leal do trabalhador traduzir-se-á no contrato de trabalho através de três elementos essenciais para uma relação profícua:

- em primeiro lugar, o trabalhador deve obedecer às directivas emanadas pelo empregador para a execução do trabalho<sup>856</sup>, sem prescindir dos seus direitos, sendo que esta obediência, de sentido amplo, engloba um tratamento urbano e leal do trabalhador para com o empregador, responsáveis hierárquicos e colegas de trabalho;

- em segundo lugar, o trabalhador deve actuar com zelo na utilização dos meios de produção e que estão relacionados com o seu trabalho, pois uma tal deslealdade compromissória, a existir, comprometerá o resultado da actividade do empregador e, inclusive colocar em risco a segurança e saúde laboral no seio da empresa;

- em terceiro lugar, e porque o trabalhador é alheio a índices de produtividade do empregador, pois desconhece o *ratio* de rentabilidade e rendibilidade da empresa, deve por tais factos exercer a função com diligência e colaboração suficientes, de maneira a não quebrar os vínculos da empresa perante o mercado, e assim não incorrer em deslealdade com os seus colegas de trabalho, pondo em causa a continuidade de laboração, podendo e se for caso disso ser razão suficiente para um despedimento com justa causa.

Contudo, a doutrina portuguesa incorpora o alcance material e funcional do dever de lealdade estabelecendo uma correlação de afectação da actividade na empresa e colegas de trabalho, com a vida pessoal do trabalhador, ou seja, a vida pessoal do trabalhador está interligada com a vida profissional, podendo, por uma das duas razões aludidas, implicar

<sup>854</sup> ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, págs. 919-920.

<sup>855</sup> Cfr. sentença do TCE de 16/01/1996 (RTC 1996/4): (...) *o contrato não é um título que prive o trabalhador dos seus direitos fundamentais como cidadão, se bem que a existência de uma relação contratual modele aqueles direitos na medida em que os direitos tenham que se exercitar conforme as regras da boa fé, ainda que não implique que se possa defender a existência de um genérico dever de lealdade com o significado de sujeição indiferenciado do trabalhador ao interesse do empregador*".

<sup>856</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 06/11/1996.

confrontos que possam consubstanciar uma violação dos deveres acessórios no local de trabalho, impondo-se desta forma, “*limites ao exercício dos direitos de personalidade do trabalhador e às suas actuações privadas*”.<sup>857</sup>

O direito à reserva da vida privada do trabalhador deve cessar<sup>858</sup> quando qualquer facto ou circunstância de relevância susceptível de por em causa a honorabilidade estrutural da empresa, e nessa circunstância a relação de confiança esvai-se, mas o legislador prevê precisamente esta condicionante, ou seja, a partir do momento que se esteja perante um comportamento culposos por parte do trabalhador mesmo da esfera privada mas que seja transposto para a empresa, e se o vínculo laboral for inviável pelos reflexos causados ao serviço da empresa, o reflexo será o sancionamento do trabalhador.

Assim, por exemplo foi considerado pela jurisprudência portuguesa como justa causa de despedimento o caso do trabalhador que agrediu um colega fora do local de trabalho, ou o caso do piloto de aviação que, horas antes do voo, se alcoolizou fortemente no hotel em vez de estar a repousar<sup>859</sup>, comportamentos de intimidade sexual entre dois trabalhadores no local de trabalho, ainda que fora do tempo de trabalho<sup>860</sup>, ou caso do comandante de avião comercial que transportara pedras preciosas cometendo infracção fiscal aduaneira<sup>861</sup>, ou ainda, a venda de estupefacientes feita por um trabalhador a colegas de trabalho, ainda que os actos de tráfico das drogas ocorram fora do local de trabalho.<sup>862</sup>

O critério desenvolvido pela jurisprudência para justificar o relevo disciplinar das condutas extra-laborais do trabalhador é o da existência de um nexo entre aquelas condutas e o contrato de trabalho, no sentido em que, estas condutas acabam por ter repercussões no vínculo de trabalho de modo grave, inviabilizando a sua subsistência, e criando autênticas dimensões desleais para com os colegas de trabalho, empregador e até na própria actividade funcional-produtiva.

Estas razões levam-nos a concluir à abertura do conceito de que a violação material do dever de lealdade na esfera extra-laboral se pode repercutir funcionalmente na esfera laboral, porém, sejamos prudentes, haja proporcionalidade na salvaguarda dos direitos do trabalhador enquanto cidadão.

<sup>857</sup> AMADO LEAL, J.: *Contrato de Trabalho*, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2009, pág. 390.

<sup>858</sup> DRAY MACHADO, G.: *Justa Causa e Esfera Privada, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. II, Justa Causa de Despedimento*, Almedina, Coimbra, 2001, pág.70.

<sup>859</sup> Acórdão STJ de 11/05/1994, *BMJ*, 437,335; Acórdão STJ de 7/12/1994, *CJ*, 1994, III, 303.

<sup>860</sup> Acórdão RP de 9/03/1981, *CJ*, 1981, II, 143.

<sup>861</sup> Acórdão RL de 15/12/1999, *CJ*, 1999, V, 169.

<sup>862</sup> Acórdão RE de 15/01/2008, *CJ*, 2008, I, 268.

Se todos os sujeitos no âmbito empresarial estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o trabalhador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da actividade subordinada que desempenha no que respeita a interesses alheios, mormente no seio da própria empresa, até porque e para além da lealdade o dever de respeito e urbanidade para com os colegas de trabalho, superiores hierárquicos e empregador evidenciam a componente organizacional do próprio contrato de trabalho, e debruçando-nos em concreto nestes deveres, enquanto autónomos da obrigação principal, a conduta do trabalhador deverá ser ponderada através de critérios correlacionados no contexto laboral, pois: *“é difícil estabelecer a fronteira entre estes deveres e a liberdade de actuação do trabalhador fora do tempo e local de trabalho”*.<sup>863</sup>

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência<sup>864</sup> dos tribunais superiores portugueses vem reafirmando que a impossibilidade prática e imediata de subsistência da relação laboral, verifica-se quando perante um comportamento ilícito, culposo e com consequências gravosas na relação laboral, ocorra uma situação de absoluta quebra de confiança entre a entidade empregadora e o trabalhador, susceptível de criar no espírito da primeira a dúvida sobre a idoneidade futura da conduta do último, deixando de existir o suporte psicológico mínimo para o desenvolvimento dessa relação laboral, e é relevante assinalar que a quebra de confiança resultante da violação do dever de lealdade não estabelece qualquer paralelismo com os prejuízos provocados na estrutura empresarial, nem tão pouco pela existência gravosa do trabalhador, bastando para tal a evidente materialidade do comportamento, provocando uma assinalável redução de confiança por parte dos colegas de trabalho e do empregador.

Em Espanha existe um vazio sobre esta matéria, tanto na normativa legal como na convencional, sendo tratada pelos Tribunais pela via analógica ou extensiva, porém de uma forma genérica a materialização da deslealdade do trabalhador evidencia-se através da negligência, da redução inferior ao contratualizado, danificação dos instrumentos de trabalho e o uso abusivo dos meios que o empregador lhe coloca à disposição.

<sup>863</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 360.

<sup>864</sup> Cfr. Acórdão TRL, Proc. 117/11.6TTFUN.L1-4 de 10/10/2012, e neste sentido, vejam-se, entre outros e na jurisprudência mais recente, os Acórdãos do STJ de 29/04/2009, Proc. nº 08S3081; de 17/06/2009, Proc. 08S3698; de 03/6/2009, Proc. nº 08S3085; de 15/09/2010, Proc. 254/07.1TTVLG.P1.S1; de 7/10/2010, Proc. 439/07.0TTFAR.E1.S1; e, de 13/10/2010, Proc. nº 142/06.9/LRS.L1.S1, todos eles disponíveis em [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj).

Aproveitar-se da confiança que os colegas de trabalho ou superiores hierárquicos lhe depositaram para poder auferir privilégios pessoais ou profissionais, é uma extraordinária prova de desonestidade, e ainda, entre outras, o uso de informação excepcional considerada confidencial para benefício próprio, prejudicando os interesses da empresa e colegas, são algumas dos comportamentos que podem ser considerados como possíveis fraudes, e mesmo que qualquer uma das partes nem tenha consciência das consequências que possam ocasionar, não deixa de ser uma deslealdade no seio da estrutura empresarial, porque acima de tudo a coloca em situação vulnerável.

Ou seja, a boa fé permite desta forma ter um papel de interdição de discricionariedade abusiva ou discriminatória<sup>865</sup>, e no âmbito laboral a transgressão deste princípio nuclear reside na intencionalidade, devendo o dever de lealdade ser cumprido por qualquer trabalhador, e não se distinga a função desempenhada, porque se um trabalhador com um grau de funcionalidade inferior for desleal com o superior hierárquico, que não deixa de ser colega de trabalho, este, deve reciprocamente uma conduta leal com maior escrupulosidade.

Em relação à alínea a), do número 1, do artigo 5 do ETE, é imposto ao trabalhador o dever de cumprir as obrigações concretas do posto de trabalho para o qual foi contratado em conformidade a diligência devida, bem como pelo princípio norteador da boa fé, em perfeita concretização com o princípio geral do direito, e que por outro lado está directamente conectado com os artigos 7<sup>866</sup> e 1258<sup>867</sup> do CCE, ora, e não fazendo o ETE qualquer referência literal à lealdade, analogicamente poder-se-á inferir que o âmbito material e funcional obriga o trabalhador a cumprir com as obrigações consolidadas no contrato de trabalho abstendo-se desta forma a comportamentos desleais<sup>868</sup>, pois desvirtuando este compromisso tornar-se-á vulnerável à aplicabilidade como causa legitimadora de uma sanção disciplinar prevista que está no artigo 54 do ETE.

As relações interpessoais no âmbito da empresa, são através do regime de extinção do contrato de trabalho previsto no mencionado artigo 54, evidenciados pelos comportamentos desleais que o trabalhador possa assumir, não só pelas ofensas verbais e físicas aos colegas de trabalho e empregador, mas também a sobretudo, pelo abuso de confiança, embriaguez frequente ou a redução dos índices de produtividade, o que evidentemente é uma atitude

<sup>865</sup> CONDE MARÍN, EMILÍA: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007, pág. 318.

<sup>866</sup> Que proclama que os direitos “*deven exercitar-se conforme as exigências da boa fé*”.

<sup>867</sup> Que refere que os contratos obrigam não só ao convencionado, mas e por consequência, sobre os ditames da boa fé, o uso e a lei.

<sup>868</sup> Cfr. sentença do STC 120/1983, de 15 de Dezembro, BOE 11/01/1984.

reprovável por incumprimento de obrigações perante uma matéria que comporta riscos para o mesmo centro de trabalho.

O CTP sustenta o regime sancionatório do trabalhador por comportamentos que desvirtuem a lealdade, penalizando o trabalhador pelas injúrias, ofensas e faltas de respeito através do artigo 351.

Para verificar o cumprimento por parte dos trabalhadores das suas obrigações e deveres, o empregador deve adoptar medidas que considere fundamentais para uma garantia de dignidade empresarial, de forma a minimizar os riscos de rupturas.

### ***5. O dever de não concorrência desleal***

O acto de concorrência é aquele que é idóneo a atribuir, em termos de clientela, posições vantajosas no mercado, e não é susceptível de podermos admitir uma definição em abstracto, pelo que só pode ser apreciada em concreto, pois o que está em causa será em determinar se um trabalhador atinge a actividade económica do empregador, ou de outro, se for o caso, através de informações que possam implicar prejuízos.

De uma certa forma, duas empresas com actividades sociais e económicas semelhantes não podem estar em concorrência se actuarem num âmbito local ou regional, pois a distância geográfica condiciona os mesmos nichos de mercado, contudo as novas tecnologias podem minimizar essas distâncias, e dessa forma o conceito de espaço físico da concorrência pode ser subvertido.

Cinjamó-nos que, a concorrência desleal é um conceito relativo, de ponderação “*caso a caso*”, ou “*face to face*”, pois não pode ser aprioristicamente definido, mas casuisticamente apreciado, tendo em conta a actuação negligente e/ou danosa do trabalhador, e é esse o tema que se infere.

Na dimensão restrita<sup>869</sup> do dever de lealdade contemplado no CTP, este dever concretiza-se no dever de não concorrência, para além do dever de sigilo (do qual faremos uma abordagem no *item* seguinte), veda ao trabalhador a negociação por conta própria ou alheia em áreas de actividade que possam concorrer como empregador, ou seja, o dever de lealdade reveste-se de uma gravidade para os interesses do empregador devido ao facto de o trabalhador adquirir conhecimentos da organização, métodos de trabalho, entre outros.

---

<sup>869</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 355.

O trabalhador ao abster-se de concorrência não estará somente limitado aos aspectos negociais por conta própria, mas sim toda a actividade que possa confrontar actividades profissionais que firam negativamente a posição de mercado que o empregador detém, e atente-se que não haverá necessidade de graduar essa posição, pois a violação do dever de lealdade, na dimensão da proibição de concorrência, não exige ou implica a efectividade de prejuízos para o empregador, nem o efectivo desvio de clientela, sendo suficiente um desvio potencial, basta por si que haja a violação da lealdade, contudo a determinação de comportamentos apropriados ao dever de não concorrência tem que se efectuar em concreto, pois não existe uma *“hipotização abstracta de condutas infractoras da lealdade pela via da concorrência”*.<sup>870</sup>

O legislador português diferenciou o dever de não concorrência previsto que está na alínea f), do número 2, do artigo 128, e que é resultante do dever de lealdade de origem legal e que apenas vigora durante o contrato, e estamos sim perante uma obrigação de carácter moral contemplando a lealdade do trabalhador perante o empregador, e o dever resultante de um pacto de não concorrência, de origem convencional, previsto no artigo 136 do CTP, e que resulta de um acordo das partes, e vigorará apenas após a cessação do contrato de trabalho e estabelece para o trabalhador a proibição da prática de feitos que possam prejudicar a actividade económica do empregador.

Enquanto vigorar o contrato de trabalho torna-se perfeitamente intolerável pelo facto de ser um dever elementar do trabalhador, poder ter duas entidades empregadoras com interesses perfeitamente similares, pois acima de tudo a probidade exigida não permitirá o confronto de interesses, pois para além da probidade existirá o dever de colaboração que é uma observância resultante do próprio contrato de trabalho, e como é sabido o contrato de trabalho não concebe somente efeitos patrimoniais, mas também relações personalíssimas, pelo que lhe é vedado tais comportamentos.

Mas a questão de um trabalhador poder laborar para duas entidades empregadoras, ou mais, releva um outra questão do dever de não concorrência que é a questão do pluriemprego.

Esta questão é perfeitamente pacífica, aliás o princípio constitucional da liberdade de trabalho prevista no número 1, do artigo 58 da CRP obsta à imposição de limites ao trabalhador no acesso ao emprego<sup>871</sup>, independentemente da existência de um contrato de trabalho; o contrato trabalho pode conter uma *“cláusula de exclusividade que vede*

<sup>870</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Lisboa, 2007, pág. 241.

<sup>871</sup> MIRANDA, J.: *Liberdade de Trabalho e Profissão*, RDES, 1988, págs. 145-162; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte I*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 122.



*determinadas actividades laterais na pendência do contrato*”<sup>872</sup>, cláusulas estas admitidas pela interpretação pelo artigo 136 do CTP, *a contrario sensu*, porém, estamos perante a limitação de liberdade de trabalho após a cessação do contrato de trabalho, e ainda que seja um direito fundamental do trabalhador tem que ter uma limitação voluntária<sup>873</sup>, e ainda assim pode o trabalhador revogar unilateralmente essa limitação por força do artigo 81 do CCP, ainda que tenha que indemnizar a entidade empregadora pelos eventuais danos causados.

O que releva numa situação de pluriemprego, a lealdade na sua expressão de não concorrência, proíbe e sem necessidade de qualquer disposição legal, o desempenho pelo trabalhador de uma actividade conexas com a do empregador.

Esta restrição pode ter uma dimensão mais preponderante de um modo especial em certas actividades quando exista uma forte concorrência empresarial e uma necessidade de formação específica de trabalhadores, pois não encontramos razões plausíveis para que um trabalhador primário da construção civil ou da restauração veja limitado o dever de pluriemprego.

Com efeito, a cessação da relação de trabalho não significa o fim dos riscos de exercício de actividades concorrenciais por parte do ex-trabalhador, o que permanecerá para além da cessação da relação *juslaboral*, dever geral de lealdade pós-eficaz, de conteúdo indefinido, embora contido nos limites da proibição de concorrência desleal.

Para obviar às dificuldades e perigos decorrentes do legítimo exercício de actividade concorrencial pelo ex-trabalhador, directamente ou por conta de outrem, legitimidade que é um corolário da readquirida liberdade de trabalho, apenas condicionada pelos limites gerais impostos pela proibição de concorrência desleal, preveniu-se a possibilidade de convencionar as denominadas cláusulas de não concorrência, cuja legitimidade assenta nas razões que o empregador tenha para temer a chamada “*concorrência diferencial*”<sup>874</sup> do trabalhador, configuráveis no risco ligado às funções que este desempenhava, e que se pode traduzir em contactos com clientes, acesso a informações específicas sobre a empresa e a consequente aquisição do respectivo “*know-how*”.

<sup>872</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 107.

<sup>873</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág.551.

<sup>874</sup> GOMES VIEIRA, J. M.: *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pág. 609, e que define no âmbito material de um pacto de não concorrência, e no exercício de actividades aptas a causar um prejuízo efectivo à sociedade protegida, seja válido e eficaz, e é exigível que o hipotético exercício das actividades interditas por parte do obrigado a não concorrer possa provocar um prejuízo efectivo para a sociedade protegida numa “*concorrência diferencial*”.

Ora, a relevância no actual contexto empresarial do dever de não concorrência, e o dever de lealdade que impende sobre o trabalhador, tem como elemento essencial o dever de preconizar que a concorrência desleal não será o prejuízo ou o dano causado à entidade empregadora, mas sim a deslealdade da conduta do trabalhador para obtenção de um determinado fim.

O parágrafo 1, do artigo 21 do ETE, começa por estabelecer que durante a vigência do contrato de trabalho o trabalhador não pode prestar a sua força de trabalho a vários empregadores, assim definidos: (i) quando da caracterização do trabalho para mais de um empregador; (ii) no caso em que pactuado trabalho com exclusividade e plena dedicação, recebendo o trabalhador compensação financeira para esse fim.

O ETE não prevê a exclusão de nenhum tipo de trabalhador ou do ramo de actividade da empresa, sendo que a cláusula de não concorrência não poderá ser superior a dois anos para os trabalhadores técnicos e de seis meses para os demais trabalhadores, havendo dois requisitos de validade que estão estabelecidos pela legislação: (i) há necessidade de que o empregador tenha um efectivo interesse industrial ou comercial a ser protegido; (ii) o trabalhador deve receber uma compensação financeira pela exclusividade sendo que a lei não estabelece qual é o valor da compensação financeira.

Existe, ainda, o pacto de permanência, em que o trabalhador recebeu uma especialização profissional a cargo do empregador, com a finalidade de executar projectos determinados ou realizar um trabalho específico, previsto no parágrafo 4, do referido preceito legal.

Verificam-se duas situações distintas que podem ocorrer durante a vigência de um contrato de trabalho, por um lado a proibição da concorrência desleal e por outro lado proibição da concorrência quando subsista um pacto de dedicação exclusiva, pelo que se pode vislumbrar que o dever de lealdade fará parte intrínseca do contrato de trabalho no que respeita à concorrência desleal, com a salvaguarda para os trabalhadores directivos<sup>875</sup>, conforme artigo 8, e que se baseia na confiança mutua entre as partes contratantes através da boa fé, tal como é referido no artigo 2, e que mais não é que uma atitude leal e recíproca, aos quais é vedado a celebração de outro contrato de trabalho com outras empresas, salvo se houver um pacto escrito ou autorização expressa do empregador.

---

<sup>875</sup> Real Decreto 1382/1985, de 1 de Agosto, que regula a relação laboral de carácter especial do pessoal de alta direcção.

A doutrina entende que a estipulação do pacto de não concorrência não impede que o ex-trabalhador aplique a sua experiência profissional numa outra empresa<sup>876</sup>, em virtude de não se prever a violação de segredos.

No pacto de não concorrência a doutrina espanhola trata da diferenciação dos seus aspectos, explicitando que o uso da experiência adquirida através do exercício da profissão não pode gerar a violação do pacto que haja sido firmado.<sup>877</sup>

Dentre os deveres laborais elencados através da alínea d), do artigo 5, e que prevê precisamente o limite directo do dever de não concorrência, que conjugado como número 1, do artigo 21, ambos do ETE, que para além de preverem uma extensão ao pacto de plena dedicação (ou exclusividade) como tal, a alínea c), do artigo 5, enuncia que o trabalhador não deve concorrer com a actividade da empresa, pelo incumprimento do enunciado, pois incorre em sanções que podem culminar com o despedimento pela transgressão da boa fé contratual, tipificado que está através da alínea d), do número 5, do artigo 54 do ETE, que refere que a “*fraude por deslealdade*”<sup>878</sup>, no desempenho da função do trabalhador, enquanto o incumprimento do pacto de não concorrência pós-contratual, prevê a eventual compensação pactuada, aliás como resulta do número 2, do artigo 21 do ETE.

A jurisprudência espanhola é praticamente uniforme em fazer valer que a boa fé se traduz numa atitude probidade, honradez e lealdade, consolidada por uma confiança recíproca<sup>879</sup>, porém a jurisprudência constitucional não reconhece a existência de um dever genérico de lealdade com características eternas de uma sujeição do trabalhador ao interesse do empregador, pois estar-se-ia perante uma inconstitucionalidade das relações laborais.<sup>880</sup>

Acontece que pela, análise do número 1, do artigo 21 do ETE, é-nos permitido admitir que o preceito legal proíbe a concorrência desleal, mas de forma limitada, ou seja, o trabalhador pode enveredar pelo pluriemprego, e desde que tal não resulte em incompatibilidades com os interesses da entidade empregadora, pode desenvolver outra

<sup>876</sup> Sentença: Audiência Provincial de Barcelona, de 20/01/2012, núm. 14/2012, que se ocupa de um típico caso de concorrência desleal, e em que quadros directivos de uma empresa constituíram outra empresa para desenvolver a mesma actividade.

<sup>877</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 22ª Ed., Civitas, 2004, págs. 153-154

<sup>878</sup> A Lei 3/1991 de 10 de Janeiro, no seu artigo 5, determina a concorrência desleal quando esta é contrária às exigências da boa fé.

<sup>879</sup> Veja-se em conformidade: STS de 26 de Fevereiro de 1991, (RJ 1991/875); STS de 04 de Março de 1991, (RJ 1991/1822).

<sup>880</sup> Destaca-se a sentença do TC: STC 181/2006 de 19 de Junho, acerca dos limites da liberdade de expressão no âmbito laboral; e a STC 241/1999 de 30 de Setembro.

actividade, logo não persiste por aqui qualquer inconstitucionalidade por violação do número 1, do artigo 35 da CE.

A liberdade de exercício da actividade do empregador é um dos bens protegidos pela proibição, aliás constitucionalmente previsto pelo artigo 38 da CE, pois permite práticas pelo trabalhador que possam induzir práticas susceptíveis de provocar danos à empresa, e como tal não se prevê qualquer limitação à livre contratação, nem tão pouco ao seu poder de direcção.

Mas este direito de liberdade não é só um privilégio do empregador, pois o trabalhador também goza desse direito, e como tal é livre de poder exercer outra função e/ou actividade até como empresário em nome individual, e este aspecto torna-se interessante, pois a proibição não impede que o trabalhador realize uma segunda actividade, sempre que essa actividade não signifique um conflito de interesses com o empregador, e esta prerrogativa só existe enquanto existir a relação laboral, pois tendo esta terminado nada o impedirá que desenvolva os seus interesses pessoais.

Quando o trabalhador assume a obrigação de não concorrer com o empregador através de uma segunda função e/ou actividade, e perante uma concorrência de mercado de colisão, não assume uma obrigação absoluta e eterna, aliás o número 1, do artigo 21 do ETE, não cria qualquer obstáculo a essa possibilidade, desde que os requisitos de concorrência desleal estejam salvaguardados<sup>881</sup>, sendo que nada obsta que essa segunda função ou actividade possa ser desenvolvida numa empresa, desde que não constitua concorrência para com o empregador originário.

Na realidade o preceito legal do ETE é elucidativo acerca da concorrência desleal, suportado que está pela doutrina e pela jurisprudência em geral, tal só acontecerá se não houver obtido o consentimento do empregador, pois se o permite, teremos uma concorrência leal, contudo a relevância desta determinação está no cumprimento com a obrigação de informar, e com este dever cumpre o dever de lealdade e consequentemente a boa fé contratual, sendo que a proibição de concorrência desleal é uma manifestação acessória do dever principal, de forma a evitar os prejuízos materiais à empresa, consolidando o propósito diligente e colaboracionista que se impõe.

Assim a proibição só será justificável pela exigência normativa de uma concorrência desleal, pelo que nem será necessário que o empregador manifeste implicitamente ou expressamente, pois será suficiente que a actividade desenvolvida pelo trabalhador seja

---

<sup>881</sup> Neste sentido NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág 115.

concorrente com a da empresa para que se invoque o incumprimento da obrigação, e para que este incumprimento permaneça é preciso a existência de três elementos<sup>882</sup>, e ainda que a actividade concorrente seja similar com a actividade que o empregador vem desenvolvendo, ou que venha a desenvolver e seja do conhecimento do trabalhador, como seja o desenvolvimento e investigação na área das novas tecnologias, e a doutrina jurisprudencial tem sido fértil nesta matéria.<sup>883</sup>

Alguma doutrina espanhola acentua que tendo o contrato de trabalho um carácter patrimonial, torna-se difícil<sup>884</sup> admitir um estreito dever de lealdade entre empregador e trabalhador, porém, e ainda que difícil, não será impossível, e a doutrina tem bem clara a diferença entre a boa fé e lealdade, ainda que possa haver algumas “*recordações*” ao antigo conceito de “*fidelidade*”.

A obrigação de omissão de todos os aspectos que possam ser prejudiciais ao empregador releva o conteúdo ético do contrato de trabalho que conduz a uma valorização, bem como se converte numa “*actuação social e contratualmente correcta*”.<sup>885</sup>

Ora, poder-se-á extrair que o empregador e trabalhador, enquanto sujeitos de uma relação jurídica devem desenvolver um comportamento de acordo com o respeito e consideração mútuos, acentuando a doutrina que a medida geral da “*diligência do trabalhador, depende em grande parte do conteúdo obrigacional do contrato de trabalho*”.<sup>886</sup>

Liminarmente, o legislador espanhol e tal como o legislador português, proíbem a concorrência desleal desde que colida com os interesses da entidade empregadora em circunstâncias de concorrência, e compreende-se perfeitamente que assim seja, pois se houvesse uma proibição absoluta, estaríamos a coarctar o princípio da liberdade de emprego consagrada que está na Constituição de cada um dos países.

A exigência da boa fé nesta matéria não pode determinar uma confusão interpretativa com o dever de lealdade, até porque não conceptualizamos o “*dever de não concorrência*”

<sup>882</sup> Cfr. TSJ, de Madrid, de 08 de Fevereiro de 2005, (RJ 156/057), e que refere: “(...) 1º - a existência por parte do trabalhador de uma actividade económica em satisfação do seu próprio interesse e em concorrência com a empresa por se desenvolverem na mesma área de negócio; 2º - a utilização da experiência e perfeccionismo profissional adquiridos na empresa e em benefício do próprio; e 3º - que tal utilização redunde em demérito ou prejuízo para os interesses da referida empresa”.

<sup>883</sup> Cfr. STSJ de Málaga, de 30 de Janeiro de 2004, (RJ 20041316).

<sup>884</sup> Cfr. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 80-81.

<sup>885</sup> ESCUDERO J. F., FRIGOLA, J., y CORBELLÀ T.: *El Principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág 61.

<sup>886</sup> Neste sentido, BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y Negligencia en el Cumplimiento*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 368.

*desleal*” com o “*dever de má fé*”-, pois enquanto sujeição indiferenciada do trabalhador ao interesse do empregador, pois permitindo essa exigência teríamos como resultado uma contestação pela própria realidade de um conflito, cuja legitimidade geral é suportada pela CE<sup>887</sup>, e como tal vindo a ser afirmado neste trabalho, a boa fé não está condicionada somente à prestação principal, pois ela tem uma função integradora pela criação de obrigações acessórias tais como, o respeito, custódia, lealdade, entre outras, que o legislador espanhol não previu, mas que emergem por parte do trabalhador e do empregador, pelos interesses impostos pelo contrato de trabalho, para também e sobretudo, para evitar prejuízos desnecessários derivados da actuação das partes.<sup>888</sup>

Na presença dos factos até agora enunciados, o número 1, do artigo 21 do ETE admite a proibição de uma possível concorrência de prestação de trabalho para vários empregadores que produza prejuízos efectivos para um deles por uma actuação desonesta e desleal do trabalhador, e a razão de ser desta proibição salienta-se pelo desvio de clientes e pelos prejuízos ocasionados ao empregador, e salvo opinião mais douta, o preceituado neste artigo não concretiza a concorrência desleal, sendo que essa delimitação conceptual é-nos fornecida pela jurisprudência e pela doutrina, tomando como caracterizador que a deslealdade só existe se, se usam conhecimentos adquiridos pelo trabalhador para favorecer a actividade de outra empresa ou, aproveitar-se de clientela de cada uma das partes, e nesse sentido tem sido analisado pela jurisprudência.<sup>889</sup>

As acções decorrentes do incumprimento do pacto de não concorrência ou de exclusividade é de possível rescisão pelo trabalhador por permissão do empregador<sup>890</sup>, sendo que o único requisito é que terá que haver um pré-aviso, tendo como consequência a perda de compensação.

Porém, os interesses do trabalhador terão que ser considerados, pois ao exigir-se de que na celebração do pacto conste através de documento escrito a observância da gravidade do acto, por outro lado e para o empregador, ao condicionar a licitude do pacto ao risco efectivo de prejuízos para o próprio empregador, derivados do exercício da actividade do trabalhador para além do momento em que cesse o contrato de trabalho, impor-se ao trabalhador uma

<sup>887</sup> Cfr. STC 120/1983 de 15 de Dezembro.

<sup>888</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Falta de diligencia y transgresiones de la buena fe contractual*, Ed. La Ley, Revista Actualidad Laboral, nº 24, 1990, Madrid, pág. 293.

<sup>889</sup> Cfr. STS de 17 de Dezembro de 1990 (RJ 1990/9800); STS de 08 de Março de 1991 (RJ 1991/840); e em sentido contrário a STS de 22 de Outubro de 1990 (AR7520/1990).

<sup>890</sup> MONTOYA MELGAR, A. y Otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 161-162.

condicionante económica pela compensação devida, e por fim pela limitação restritiva ao exercício profissional.

Atente-se desta forma e na sequência da doutrina ibérica, que não haverá inconstitucionalidade desta figura jurídica, pois, e apesar de limitar a liberdade de trabalho, restringe-a justificadamente, e além disso a codificação civilística permitirá sempre a desvinculação desde que a parte contrária seja compensada, isto é, será sempre uma limitação temporal, pelo que ponderadas as atenuantes os legisladores permitem essa possibilidade.

E esta figura do pacto de permanência na empresa, quando o trabalhador tenha recebido uma especialização profissional, por conta do empregador com a finalidade de executar projectos determinados ou realizar um trabalho específico, a previsão é de um pacto de permanência limitado a dois anos, sendo que a ruptura acarretará para trabalhador a responsabilidade pelos danos causados<sup>891</sup>, e na legislação portuguesa haverá compensação financeira durante o período de limitação.<sup>892</sup>

Não podemos esquecer que um dos elementos essenciais no contrato de trabalho é não defraudar a confiança da contraparte<sup>893</sup>, e no Direito do Trabalho que é uma disciplina jurídica que se regula pelos mesmos princípios gerais do Direito, é situação nuclear da relação jurídico-laboral, e a evolução deste ramo do Direito vem precedida de uma larga evolução dos conceitos de fidelidade, lealdade e boa fé, e daí que, em nossa opinião, ainda que sujeita a opiniões contrárias, preconizam que a lealdade no âmbito desta temática tem uma relevância para além do simples âmbito contratual, e para além da abrangência da própria boa fé.

Desta forma o legislador parte do princípio que o empregador tem o direito de evitar actividades competitivas por parte do trabalhador, que pelo facto de deter a posição de direcção e sancionatória da empresa terá dessa forma melhores condições de aplicar as normas que julgue mais convenientes, porém uma análise atenta aos pressupostos doutrinários e legislativos, concedem ao trabalhador prerrogativas, ainda que acessórias, de salvaguardar-se, nem que tenha que recorrer à codificação civil, contudo e sendo o conceito de despedimento justificado por violação do dever de lealdade, a ultima *ratio* existente entre as partes, só permite ao trabalhador recorrer dessa decisão se o empregador actuar de forma leal, e “*tolere a manutenção do vínculo*”.<sup>894</sup>

<sup>891</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 320.

<sup>892</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, 2006, pág. 569.

<sup>893</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, pág. 67.

<sup>894</sup> CABEZA PEREIRO, J., GARATE CASTRO, J., y GOMES, J.: *in Extinción do Contrato de Trabajo*, Consello Galego de Relaciones Laborais, 1ª Ed., 2006, pág. 243; pesquisa efectuada em <http://cgri.xunta.es>, 16/05/2013.

Em síntese, se o trabalhador se encontra obrigado ao cumprimento do dever de lealdade, isso não será um travão à posição que ocupa na estrutura empresarial, e no que concerne à concorrência desleal ou ao pacto de permanência, ser-lhe-á permitido, desde que os requisitos essenciais a que nos referimos não sejam violados, a utilizar os conhecimentos técnicos adquiridos para uma melhor qualidade de vida.

Sendo a concorrência desleal o corolário mais decorrente da violação do dever de lealdade, é oportuno, ainda que sucintamente, abordar a denominada “*clause de non réembauchage*”, no Direito Francês, que e ainda que não expressa, o trabalhador vincula-se através do contrato de trabalho a uma obrigação de não concorrência ao seu empregador até à cessação do seu contrato, porque este incumprimento determina uma “*ofensa de fidelidade e correcção*”<sup>895</sup>, e mesmo não havendo uma previsão legal, os entendimentos da doutrina francesa consolida a proibição do trabalhador fazer concorrência desleal.

Na realidade a cessação da relação de trabalho não determina propriamente o fim dos riscos de exercício de actividades concorrenciais por parte do ex-trabalhador, o que permanecerá para além da cessação da relação jurídico-laboral, pois o dever de lealdade tem um conteúdo indefinido, embora que esteja revestido pelos limites da proibição da concorrência desleal.

É evidente que permanece bem definido que o pacto de não concorrência, que visa acautelar durante um certo período de tempo, qualquer prejuízo resultante do exercício de uma actividade concorrenciais e o risco de indefinição entre as situações ilícitas de utilização de informação reservada ou confidencial e o adquirido pelo desempenho e experiência, constituído como tal, património profissional do trabalhador, como aliás é previsto pelas normas ibéricas<sup>896</sup>, e que difere das denominadas cláusulas de confidencialidade, que cerceiam sobretudo e apenas impedir a divulgação, subsequentemente à cessão do contrato de trabalho, de factos que não fazem parte da experiência profissional do trabalhador.

E a questão coloca-se: será que o *terminus* da relação laboral extingue de imediato e sempre a referida obrigação de lealdade, e obviamente a implícita não concorrência?

<sup>895</sup> AMIEL-DONAT, J.: *Les clauses de non-concurrence en Droit du Travail*, Litec, Paris, 1988, pág. 157.

<sup>896</sup> Em Espanha o RD 1/1996, de 12 de Abril, estabelece no artigo 14 um conteúdo e características de direito moral evidenciando que “*correspondem ao autor direitos irrenunciáveis e inalienáveis*”; tendo sido o artigo 110 da Lei 23/2006 de 7 de Julho modificado, e referindo que “*em caso da existência de um contrato de trabalho, presume-se, salvo disposição em contrário, que o empregador adquire os direitos exclusivos das obras realizadas*”. (resumo e tradução nossa).

Em Portugal a atribuição e protecção destes direitos privativos rege-se pelo Código da Propriedade Industrial (CPI), aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2003, de 5 de Março e republicado pelo Decreto-Lei nº143/2008, de 25 de Julho, e que de algum modo pretende proteger os direitos de autor das pessoas.



Por um lado não são permitidas as cláusulas contratuais que possam prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do vínculo, porém não deixa de ser lícito convencionar, “*ainda que excepcionalmente*”<sup>897</sup>, a limitação da actividade do trabalhador durante um determinado período subsequente à cessação do contrato de trabalho um dever geral de lealdade pós-eficaz.

Para acautelar às dificuldades e perigos decorrentes do legítimo exercício de actividade concorrente pelo ex-trabalhador, directamente ou por conta de outrem, legitimidade que é um corolário da readquirida liberdade de trabalho, apenas condicionada pelos limites gerais impostos pela proibição de concorrência desleal.

No caso de uma invenção ser efectuada durante a execução de um contrato de trabalho<sup>898</sup> em que a actividade inventiva esteja prevista e seja especialmente remunerada, o direito da patente pertencerá a empresa, e analisado este preceito, parece ser de concluir que o direito da entidade empregadora, ou eventualmente de quem tenha requerido esse serviço, está circunscrito à existência de uma invenção.

Ainda que existam vários mecanismos jurídicos e técnicos que possam ser utilizados para proteger os activos da propriedade intelectual e industrial das empresas, o dever de lealdade assume por parte dos trabalhadores uma tarefa árdua, e sobretudo para o empregador quando haja a necessidade de proteger os activos patrimoniais e pessoais, logo é fundamental que para precaver a concorrência desleal e o segredo inerente, as empresas devem fomentar a lealdade dos seus trabalhadores, como estratégia proteccionista e de consolidação da confiança.

A concorrência desleal não deve ser convocada em sentido próprio e directo pelo empregador ou pelo interessado, ou seja, como um instituto repressivo de actos desleais, pois a concorrência desleal actua de modo próprio e indirecto como um instrumento excepcional destinado a evitar consequências desastrosas para o interessado, seja o empregador, ou um terceiro -, e que possam colocar em causa posições de concorrência conquistadas de boa fé.

Ora, é nossa convicção, e por tal não comungamos da conduta do trabalhador que pretenda servir-se de um invento para prejudicar terceiros, bem como não consideramos admissível a imposição de regras subversivas de imposição de condutas menos próprias pelo empregador, não obstante, o valor da lealdade revelar-se-á de modo próprio, e enquanto regra

<sup>897</sup> VIEIRA GOMES, J. M.: *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, pág. 609.

<sup>898</sup> Cfr. refere o número 1, do artigo 59 do Código de Propriedade Intelectual Português.

de conduta importa tanto ao trabalhador quanto ao empregador, e não de modo negativo, tal como acontece na concorrência desleal.

Interessante é consolidar que o trabalhador, enquanto cidadão de direitos fundamentais irrenunciáveis vê a sua propriedade intelectual eventualmente posta em causa, e considere-se a a título de exemplo a jurisprudência do TJUE.<sup>899</sup>

## ***6. O dever de lealdade e as actividades externas à empresa***

O trabalhador pode exercer actividades profissionais externas, que não colidam com a empresa à qual estão ligados, fora do seu horário de trabalho e desde que tais actividades não interfiram negativamente no cumprimento dos seus deveres, ou possam gerar conflitos de interesses, sendo que o exercício de actividades externas requer a comunicação ou autorização do empregador, para que este possa aferir de eventuais incompatibilidades, bem assim como o trabalhador se deve abster de assumir, ou aparentar qualquer ligação à empresa, excepto se autorizado para o efeito.

Perante a eventualidade de suspensão do contrato de trabalho, o legislador português prevê que este terá sempre um âmbito limitado<sup>900</sup>, porém é importante realçar que o trabalhador mantém o dever principal da actividade laboral e os deveres acessórios que o integram, mas não está sujeito aos deveres acessórios, como seja o dever de diligência ou pontualidade, mas mantém o dever autónomo de lealdade, e consequentemente o dever de não concorrência e de sigilo, pois é esta a interpretação que se abstrai do artigo 295 do CTP.

E quanto ao empregador, pelo conteúdo sinalagmático do contrato de trabalho, pode manter o poder de direcção, pois este poder justifica-se pela prestação de trabalho, mas fica

<sup>899</sup> Processo C-32/2008 do TJUE, de 02/07/2009, sob o caso *Fundación Española para la Innovación de la Artesanía* concebeu um projecto denominado “D’ARTES”, no âmbito do qual cinquenta oficinas de artesãos de diversos sectores podiam criar, mediante um projecto de desenho ou modelo realizado por um profissional na matéria, uma colecção de objectos para comercialização. A sociedade AC&G SA, na qualidade de comissária do projecto, concretizou os parâmetros de execução material do projecto “D’ARTES” e ficou encarregada de seleccionar os desenhadores e de celebrar acordos com eles. Nesta circunstâncias, AC&G celebrou com Cul de Sac um contrato verbal, que não está sujeito ao ETE, nos termos do qual esta última ficou encarregada da elaboração de um desenho ou modelo e da prestação de assistência técnica ao artesão, na criação, por este, de uma nova colecção de produtos. Como contrapartida da sua prestação, a Cul de Sac recebeu da AC&G a quantia de 1 800 euros, excluindo imposto. A Cul de Sac desenhou uma série de relógios de parede (de cuco) que foram realizados, no âmbito do projecto “D’ARTES”, pela artesã Verónica Palomares e apresentados, em Abril de 2005, com a denominação de colecção “Santamaría”. E que no caso de se considerar aplicável a remissão para a legislação nacional, se esta equiparar, como acontece no direito espanhol) os desenhos/modelos criados no quadro de uma relação laboral (pertencem a empregador, salvo convenção em contrário) aos desenhos/modelos criados por encomenda (pertencem à parte que os encomenda, salvo convenção em contrário).

<sup>900</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II*, 3ª Ed., Almedina, 2010, pág. 699.

coarctado do poder sancionatório estrito em caso de “*violação do dever acessório autónomo*”<sup>901</sup> pelo trabalhador, que é o dever de lealdade, mantendo os direitos de adesão à greve<sup>902</sup> e incapacidade devida a acidente de trabalho ou doença profissional, e tenha-se como exemplos.

Durante o período em que o trabalhador se encontra incapacitado por doença o seu contrato de trabalho fica suspenso nos termos no artigo 296 do CTP, mantendo-se os direitos e deveres e garantias das partes na medida em que não pressuponham a efectiva prestação do trabalho, cfr. o número 1, do artigo 295 do CTP.

No vínculo *juslaboral* a confiança nas faladas qualidades da outra parte, embora de maior ou menor grau e intensidade consoante a exigência fiduciária das funções confiadas –, constitui sempre a raiz incontestável, o pressuposto essencial e constante da relação, pela óbvia razão de que a permanente proximidade e interacção entre os dois protagonistas da relação implica consideráveis riscos de lesão recíproca: o trabalhador vê-se inserido numa organização dominada pelo empregador, ficando, por isso, exposto à potencial violação dos seus direitos e por outro lado, o empregador insere na sua organização produtiva alguém que pode causar-lhe prejuízos significativos.

Sendo o direito à greve um direito consagrado da CRP, como um dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores significa, nomeadamente, que deve ser considerado como direito subjectivo negativo, não podendo os trabalhadores ser proibidos ou impedidos de fazer greve, nem podendo ser compelidos a pôr-lhe termo, com eficácia externa imediata, em relação a entidades privadas, não constituindo o exercício do direito de greve qualquer violação do contrato de trabalho, nem podendo as mesmas entidades anular ou destruir praticamente esse direito, e com relevante eficácia externa no sentido de directa aplicabilidade, não podendo o exercício desse direito depender da existência de qualquer lei concretizadora.

Se a greve suspende, no que respeita aos trabalhadores grevistas que a ela aderiram, as relações emergentes do contrato de trabalho, desvinculando-os dos deveres de subordinação jurídica, pontualidade e assiduidade, isso não permite que tais trabalhadores violem os deveres para com outros trabalhadores, que mais não é que a liberdade de adesão, e para com a entidade empregadora, que persiste no dever de lealdade –, dever esse que não será atingido ou suspenso pela declaração da greve, pelo que, a violação de tais deveres constitui infracção

---

<sup>901</sup> *ibidem*

<sup>902</sup> Cfr. número 2, *in fine*, do artigo 535 do CTP.

disciplinar que pode determinar o despedimento se, pela sua gravidade e consequências, tiver tornado impossível a subsistência da relação de trabalho.

Quanto ao facto de o trabalhador exercer outra actividade para outro empregador, o legislador é peremptório, pois é terminantemente proibido, como se afere do artigo 247 do CTP, podendo o empregador autorizar, ou se a actividade desenvolvida já vier sendo executada na pendência do contrato de trabalho, pois tal violação é implicitamente correlacionada com uma deslealdade e como tal consubstancia uma infracção disciplinar.<sup>903</sup>

A actividade externa do trabalhador está, pelo legislador português, limitada pelos deveres gerais impostos pelo artigo 128 do CTP, porém, e nesta sequência de matéria, é nossa opinião que a violação do dever de sigilo, é de forma acentuada, uma tipificação da deslealdade premente, situação que passamos a abordar.

O CTP prevê que o trabalhador se deva ao cumprimento de dever de sigilo, (sendo a forma ou o modo destinado a impedir a revelação do segredo), implícito que está por inclusão no dever de lealdade, isto é, o trabalhador tem a obrigação de não revelar informações da empresa, sejam de ordem técnica, métodos ou dos negócios envolvidos na actividade empresarial, porque o que está em causa, quanto ao dever de guardar sigilo é não mais do que um dever do trabalhador não revelar informações com carácter técnico e científico que digam respeito aos procedimentos da empresa, não revelar informações comerciais e empresariais que ponham em causa a estrutura, e por fim não revelar informações sobre os planos financeiros ou económicos passados, presentes ou futuros.

O CTP concretiza através da alínea f), do número 2, do artigo 128, a dimensão restrita do dever de sigilo, e limita a importância dependendo da actividade desenvolvida pelo trabalhador, pelas características da empresa, pelo grau e dimensão do cargo, sendo que este dever não contempla qualquer veracidade dos factos, mas sim os danos que possa provocar ao empregador<sup>904</sup>, ou seja, é uma “*variável do dever de lealdade mensurável*” porque permite avocar os prejuízos patrimoniais.

A razão do dever de sigilo deve-se ao facto de tutelar a confidencialidade<sup>905</sup> da empresa, acolhendo o valor estrutural e empresarial, pois a vulgarização é passível de causar

<sup>903</sup> Cfr. Acórdão da RE, de 06/11/1990: BTE, 2ª série, ns.1-2-3/94, pág. 277.

<sup>904</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II*, 3ª Ed., Almedina, 2010, pág. 356; ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho, II, Tomo I, (Contrato de Trabalho)*, 3ª Ed., Almedina, Lisboa, 1999, pág. 497 e ss.

<sup>905</sup> Neste sentido, RAY, JEAN-EMMANUEL: *Protéger l'information, aujourd'hui et demain*, Revue de Droit Social, nº 2, Février, 2013, pág. 117, ao comentar uma decisão do TGI Béthune, 14/12/2010, em que realça que: “(...) uma cláusula de confidencialidade contém intrinsecamente uma obrigação de lealdade (...)”.

um qualquer prejuízo ao empregador, pois, na relação laboral o que está em causa como princípio norteador desta mesma relação não mais é senão a configuração de regras de conduta consentâneas com a amplitude do dever de lealdade.

É evidente que este dever de sigilo deve ser mantido mesmo em situações de eventual suspensão da prestação de trabalho, por gozo de férias ou até perante uma motivação grevista, sendo que, e contudo, esta atitude pode ser modificada após a cessação do respectivo contrato de trabalho, e apesar do CTP não prever qualquer cláusula de confidencialidade durante a vigência da relação laboral, a mesma poderá ser introduzida no contrato de trabalho devido ao facto de persistir a liberdade de contratual, logo será possível enquanto cláusula acessória, devendo ficar bem determinado, qual ou quais, as situações delimitadas que possam abranger o sigilo que o empregador pretende proteger, sendo que, não pode o empregador limitar a liberdade do trabalhador sob o risco deste não poder revelar situações de índole penal e delituosas da empresa.

Pode o empregador estipular, por acordo, que perante o incumprimento do dever de sigilo pós-relação contratual da existência de uma determinada compensação para que essa obrigação se mantenha durante um período estipulado, todavia há que considerar que perante um incumprimento do dever de sigilo as consequências só podem tornar-se relevantes depois da denúncia do contrato de trabalho.

Enquanto a relação laboral estiver vigente a violação deste dever pode ter como consequência uma sanção disciplinar, inclusive a aplicação da sanção *major* que é o despedimento com justa causa, porém e se acontecer após a denúncia contratual, o trabalhador poderá ser responsabilizado pelos danos provocados e como tal ficar sujeito ao pagamento de uma qualquer compensação ao empregador, aliás esta compensação está prevista enquanto responsabilidade civil extracontratual previsto no artigo 483 do CCP.

Estas cláusulas podem, se o empregador assim o entender, vincular os próprios clientes ou prestadores de serviços, isto é, o empregador deve salvaguardar informações relevantes junto dos seus parceiros de negócio, sejam informações importantes ou confidenciais, devendo o trabalhador ser confrontado com essa existência de salvaguarda.

Todavia, não há direitos absolutos, o que se tem na urdidura incessante das relações sociais e implicitamente as que decorrem da relação laboral, é um eterno entrelaçado de interesses e de valores a serem tutelados pela ordem jurídica.

Se o trabalhador tem o direito constitucional quanto à sua liberdade de dispor da sua força de trabalho, pelo lado do empregador tem o direito de resguardar sua propriedade, os seus inventos, os seus segredos comerciais, industriais, etc.

Parece-nos aceitável a restrição quanto a essa liberdade de trabalhar, após a extinção do contrato de trabalho, quando trabalhador e empregador, por uma cláusula contratual explícita, estabelecerem a proibição ao ex-trabalhador, até porque, as relações contratuais de trabalho podem ser objecto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contra venha às disposições de protecção ao trabalho, às convenções colectivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

O dever de sigilo que, impondo genericamente ao trabalhador que guarde segredo sobre as informações essenciais que possua acerca da organização, negócios, clientes, métodos de produção, etc., do seu empregador –, vê a sua densificação e extensão directamente dependentes da natureza das funções que lhe estão confiadas na estrutura organizativa em que se insere e do correspondente grau de confiança nele depositada.

Parece-nos importante relevar que o dever de lealdade não pode conceptualizar um acto proibitivo no que concerne ao dever de sigilo, porquanto, e se assim fosse considerado teria uma força restritiva à liberdade no trabalho e à liberdade de expressão do trabalhador, ou seja, a violação do dever de lealdade, e como já referimos não é mensurável, só deve ser exprimida dentro do possível, em perfeita coerência com as necessidades, adaptação e proporcionalidade, pois de outra forma os direitos dos trabalhadores são limitados. As situações de confidencialidade no âmbito da empresa, podem, nem todas, ser consideradas como tal, pois os conteúdos organizativos de uma empresa jamais podem ser considerados confidenciais e como tal, o simples facto de um trabalhador as revelar jamais será uma violação do dever de lealdade vertido pelo dever de sigilo, porque, e não sendo privada, não haverá violação.

A qualificação<sup>906</sup> do dever de lealdade do trabalhador, e entre outros, os deveres de respeito e urbanidade e de custódia, como deveres acessórios autónomos, os quais, não dependendo propriamente da prestação principal (a actividade laboral), surgem com a celebração do contrato (*maxime* o dever de lealdade), mantêm-se ao longo da sua execução, subsistem nas situações de não prestação do trabalho e/ou de suspensão do contrato e perduram mesmo para além da cessação do vínculo.

---

<sup>906</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II*, 3ª Ed., Almedina, 2010, pág. 412.

No ponto de vista jurídico o empregador constrói uma relação laboral sobre uma base conformada pela obediência e lealdade de uma pessoa subordinada à sua direcção e autoridade, prevista que está constitucionalmente e laboralmente, contudo, é elementar que não se possa considerar a existência de uma supremacia jurídica fundada e outorgada pela posição de superioridade que detém.

Mas, e perante as contingências globalizadas do mercado de trabalho, como manter esta virtuosidade de um trabalhador leal, ou um empregador leal?

O Direito do Trabalho, enquanto ciência jurídica, e perante a eventual contradição identificada na parágrafo anterior, aporta para uma razão inversamente proporcional entre o dever de lealdade ou colaboração e a estabilidade no emprego<sup>907</sup>, o que pode, exigir uma menor<sup>908</sup> lealdade ou colaboração do trabalhador precário, perante um trabalhador com vínculo de efectividade.

O dever de lealdade<sup>909</sup> é uma obrigação do empregador perante o trabalhador, que é determinada por uma série de obrigações e responsabilidades, sejam de ordem empresarial ou éticas no campo laboral.

A existência da boa fé por parte do empregador parte do pressuposto de que a boa fé não pode deixar de ter uma exigência de reciprocidade, pelo que se torna indispensável concretizar a existência de um dever de cooperação do empregador perante o trabalhador, e bastará que seja proporcionado ao trabalhador todas premissas necessárias a uma efectiva concretização da sua actividade, e como meros exemplos: uma retribuição digna, diligência e probidade nas obrigações contratadas, e uma ocupação do posto de trabalho sem prazos.<sup>910</sup>

No âmbito laboral a Lei do Contrato de Trabalho de 1931, já previa a proibição do trabalhador utilizar os segredos da empresa, tendo sido o texto deste diploma transcrito no artigo 74 da referida Lei de 1944, e presentemente a obrigação de reserva do trabalhador é-nos remetida através da boa fé contratual, presumida através do ETE.

A nível da doutrina espanhola, o segredo, ou sigilo -, é definido como a interpretação, pela aquisição de informações que são restritas à empresa e que pela confidencialidade dominante, não devem ser divulgadas.

<sup>907</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 25 e 44.

<sup>908</sup> Em nossa opinião a lealdade não pode ser mensurável, pelo facto de haver mais ou menos lealdade; ou há lealdade ou não há, tal como já o referimos.

<sup>909</sup> “Si hay una noción de buen empleador, de algún modo simétrico a la de buen trabajador, también habría un deber de lealtad, colaboración y fidelidad del empleador con el trabajador”, cfr. MONTOYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 61-62.

<sup>910</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 63.

Ao interpretarmos de forma restritiva as formas caracterizadoras da figura contratual<sup>911</sup> do contrato de trabalho, onde o exercício dos direitos fundamentais admitem algumas modulações, pois através da boa fé contratual é condicionada o exercício dos referidos direitos fundamentais dos trabalhadores, o que, em boa verdade salvaguarda os interesses do empregador<sup>912</sup>, assunto que faremos uma abordagem complementar no Capítulo IV.

A vida privada do trabalhador, e é uma situação comum nas legislações estudadas, não tem uma interposição directa na esfera do poder directivo do empregador, isto é, os hábitos, as opiniões, os usos, os costumes, etc., são situações que persistem para além da relação laboral, porém, existem vicissitudes que limitam a liberdade do trabalhador em alguns procedimentos, e que legitima o empregador a fazer certas observações ao trabalhador quando a sua conduta extra-laboral seja susceptível de provocar danos na empresa.

A suspensão<sup>913</sup> do contrato de trabalho está previsto no ETE através do artigo 45, apresentando vários requisitos, desde o direito à greve, protecção da trabalhadora grávida, incapacidade temporária, privação da liberdade, entre outras, o que desde logo se nos afigura de uma forma sistematizada, mas aglutinadora num só artigo, para as vicissitudes que afecta a relação do trabalhador perante as actividades que possa desenvolver de forma externa, como a própria doutrina jurisprudencial<sup>914</sup> assim o enaltece.

Assim constitui causa de suspensão do contrato de trabalho o exercício do direito de greve conforme a alínea b), do número 1, do referido artigo 45, suspensão que tem como

<sup>911</sup> E perante o que se passava e que tivemos oportunidade de referenciar, na época franquista através do *Fuero del Trabajo*, essa concepção tinha uma ideia comunitária e harmoniosa das relações entre empregador e trabalhador e que determinavam uma grande dependência com reflexo evidente nos dever de obediência por um lado e da lealdade por outro, num interesse de defesa dos interesses unitários da empresa, cfr. abordagem de, SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Nacional sindicalismo y relación de trabajo: la doctrina nacional sindicalista de la relación y sus bases ideológicas*, Ed. Akal, Madrid, 1982, pág. 231 y ss.; *Sobre el concepto del Derecho del Trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 26, Abril/Junio, 1986.

<sup>912</sup> “La buena fe impide el abuso de derecho durante la ejecución del contrato de trabajo, incluso aún tratándose del ejercicio de algún derecho fundamental, e introduce en la esfera del contrato de trabajo un elemento de seguridad jurídica”; MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, págs. 80 y ss.

<sup>913</sup> Será uma “*espécie de letargia*” do contrato de trabalho, cfr. *Estatuto de los Trabajadores Españoles*, Ed. La Ley, 2012, pág.935.

<sup>914</sup> Cfr. Sentença T.S.J. Castilla y León 523/2012, de 12 de Julho; así lo viene entendiendo la doctrina, en cuanto a la suspensión del contrato y sus efectos, entre otras, Sala Social TS, S. 25-10-00 (RJ 2000, 9676) (RCUD 3606/1998: “El Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (ET) regula en artículos separados “las causas y efectos de la suspensión” del contrato de trabajo (Art. 45 ET) y de las “excedencias” (Art. 46 ET). La enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa. El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista [“a) Mutuo acuerdo de las partes”], el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo”.

O regime legal da suspensão do contrato de trabalho proclamado no artigo 45 do ETE caracteriza-se pela exoneração das obrigações recíprocas, salvaguardadas que ficam os deveres acessórios das partes.



efeito exonerar das obrigações recíprocas de trabalhar e remunerar o trabalho, e tão só, porque os deveres acessórios do trabalhador para com o empregador e *vs* mantém-se, enquanto persistir a relação laboral.

Sendo o direito de greve reconhecido na CE aos trabalhadores para defesa dos seus interesses, e prevendo a lei que regula o exercício desse direito “*estabelecerá as garantias precisas para assegurar a manutenção dos serviços essenciais da comunidade*”<sup>915</sup>, e prescreve-se, também, que a lei reguladora do exercício do direito dos trabalhadores e empresários a adoptar medidas de conflito colectivo sem prejuízo das limitações que estabeleça, e incluirá as “*garantias precisas para assegurar o funcionamento dos serviços essenciais da comunidade*”.<sup>916</sup>

Também se suspende o contrato de trabalho quando o trabalhador seja chamado a prestar o serviço militar, pelo que o empregador deve preservar o posto de trabalho até seis meses posteriores à finalização do serviço militar, ou seja, o trabalhador mantém o vínculo laboral subjacente ao contrato de trabalho, e tal como em outras situações previstas pelo artigo 45 do ETE, as obrigações acessórias não se extinguem, devendo o trabalhador manter as mesmas regras de conduta de forma leal para com o empregador, mesmo estando isento de lhe prestar a actividade, e compreende-se, neste e nos outros casos que vêm sendo enunciados, pois a previsão trata-se de uma suspensão transitória, e como seja o caso da incapacidade temporária por doença ou licença de maternidade, prevista na alínea c), do número 1, do artigo 45, o que para além de continuar a manter os deveres acessórios, não lhe concede o “*privilégio*” de poder laborar para outro empregador, que é o que nos é possível retirar deste preceito legal.

O que é perfeitamente razoável, porque o contrato de trabalho apenas se suspende, não se extingue, e desta forma todas as obrigações inerentes ao vínculo se mantêm, extraíndo o factor de retribuição como elemento crucial da relação jurídico-laboral, porém a interpretação deste artigo não nos é absolutamente perceptível, pois as regras estarão sempre submetidas ou à teleologia interpretativa da lei, ou ao próprio contrato de trabalho, mas a regra, e tal como acontece no CTP, o ETE proíbe a existência de um qualquer trabalho subordinado enquanto vigorar a suspensão, sob o facto de que se tal acontecer existirá a violação do dever de lealdade para com a entidade empregadora.

<sup>915</sup> Cfr. Número 2, do artigo 28 da CE.

<sup>916</sup> Cfr. Número 2, do artigo 37 da CE.

O contrato de trabalho também se suspende em caso de detenção preventiva do trabalhador, mas em caso de absolvição tal situação ficará sanada, e tacitamente a suspensão do contrato de trabalho, é interpretada pela conservação dos direitos e obrigações do trabalhador, que não podem ser adulterados pela regra expressa que advém da interrupção do pagamento da retribuição ao trabalhador, mas estes deveres do trabalhador, e pelas actividades que passa a poder deter fora da empresa, reforça os compromissos que sobrevêm aos deveres que acessoriamente lhe estão subjacentes pela figura jurídica do contrato, ou seja, em nossa opinião e enquanto o trabalhador estiver fora da empresa, os deveres de honestidade, lealdade e probidade ficam ainda mais fortificados, pois não olvidemos que na vida pessoal, e enquanto cidadão, o trabalhador está sujeito a envolvimento extra-laborais mais intensos, e até porque a suspensão é uma situação que o liberta da execução do trabalho, e logo a disponibilidade para exteriorizar sentimentos torna-se bastante mais vulnerável, todavia a jurisprudência vem referindo que o contrato de trabalho obriga as partes, e enquanto vigorar, a uma reciprocidade do dever de lealdade entre as partes, mesmo que e ainda não estejam comprometidos pela relação laboral.<sup>917</sup>

O ETE estabelece que as manifestações da boa fé podem surgir pela violação do sigilo, ou seja, o trabalhador estará obrigado a manter um rigoroso segredo dos assuntos da empresa, durante a vigência do contrato de trabalho, bem como, e se assim o for exposto, também depois da extinção do mesmo, podendo ser responsabilizado pelos danos causados, o trabalhador não poderá receber bonificações sem o consentimento do empregador durante a pré-concretização, durante ou depois os negócios em que a empresa esteja envolvida, e tal sucede mesmo durante a suspensão do contrato de trabalho, e como sabemos, durante a suspensão, o trabalhador mantém o vínculo laboral, mas não labora.

É possível constatar no que diz respeito ao dever de sigilo, a jurisprudência envolvendo questões informáticas e como é o caso da decisão da Sala Social do Tribunal Superior de Justiça Catalunya, sob o processo de número 4854/2000, onde tiveram a oportunidade de julgar um caso envolvendo o envio por parte do trabalhador sem autorização da empresa de 140 mensagens “e-mail’s” a 298 destinatários de natureza obscena, humorística e sexual a terceiros e a outros colegas de trabalho alheios à sua função o que determinou o despedimento do trabalhador sem direito a indemnização e salários e absolvição da empresa.

---

<sup>917</sup> Cfr. TSJ de Madrid, 12/11/1996, Rec. Nº 3775/1995.

Uma das razões para a decisão tomada foi a de que o trabalhador incorreu no incumprimento de sua efectiva prestação laboral, uma vez que a empresa só permitia a utilização deste sistema de comunicação por razões de trabalho.

O trabalhador ao utilizar dos meios informáticos por conta da empresa em grande número de ocasiões para fins alheios a sua actividade e comprometendo a actividade laboral de outros trabalhadores, transgrediu a boa fé contratual, violando os deveres de conduta e cumprimento do dever de lealdade que se impõe ao trabalhador, ou seja, no caso em apreço, a natureza e características do ilícito descrito supõem uma clara infracção dos deveres de lealdade laboral que justificam a decisão empresarial de extinguir o contrato de trabalho.

A respeito da possibilidade do empregador ter acesso ao conteúdo do *e-mail* do trabalhador, e na senda de comentários a sentenças de tribunais espanhóis<sup>918</sup>, entende alguma doutrina, que não permite concluir que esse acesso constitua uma medida que não entra em contradição com o direito à intimidade<sup>919</sup>, a não ser que quando persistir suficientemente comprovado que aquele recurso é adequado ou útil para a satisfação de um interesse empresarial legítimo e, portanto, merecedor de tutela e seja relacionado com o correcto e ordenado desenvolvimento da actividade produtiva, de forma que não basta a mera invocação do interesse para justificar a limitação, e a própria limitação ou modificação do direito fundamental afectado se mostre proporcionada para o fim que se pretende alcançar, ou seja, resulte indispensável ou estritamente necessária para lograr referida satisfação do interesse empresarial da maneira menos agressiva ou restritiva do direito sobre o qual se projecta.<sup>920</sup>

A jurisprudência<sup>921</sup> vem entendendo que o dever de sigilo se deve aplicar não só na empresa onde o trabalhador presta a sua função, mas também na globalidade das relações da mesma, estando dessa forma sujeito à sanção máxima que é o despedimento, conforme expõe a alínea d), do número 1, do artigo 54 do ETE, pelo facto de haver uma transgressão da boa fé contratual, o que constitui um incumprimento grave do trabalhador.

<sup>918</sup> GÁRATE CASTRO, J.: *Derechos Fundamentales del Trabajador y Control de la Prestación de Trabajo por Medio de Sistemas Proporcionados por las Nuevas Tecnologías*, Minerva, Revista de Estudos Laborais, Almedina, Lisboa, Ano V, nº 8, Março/2006, págs. 176-177.

<sup>919</sup> Neste sentido veja-se a sentença do TCE 241/2012.

<sup>920</sup> *Ibidem* págs. 151-180.

<sup>921</sup> Contudo, não obsta que possamos descortinar sentenças em Espanha do STJ que façam referência, por exemplo, à intervenção telefónica que o empregador possa verificar para captar conversas dos seus trabalhadores, tal como consta na STS de 10/03/1990, RJ 1990/2045, que mesmo que tenha tido, ou possa ter tido, um objectivo legítimo com interesses empresariais por uma deslealdade do trabalhador, entendeu o tribunal que o empregador vulnerou o segredo das conversações telefónicas.

Ou seja, não bastará que advenha uma deslealdade para a empresa na qual o trabalhador desempenha a sua função, mas também é relevante se esse incumprimento envolva clientes ou outros parceiros inter-relacionados.

Por exemplo, a violação do sigilo de correspondência por parte do trabalhador ou de documentos da empresa ou de terceiros, que podem ser colegas de trabalho, ou até de assuntos correlacionados com a própria entidade empregadora, revela uma falta grave de violação do dever de lealdade, porém, não olvidemos que uma atitude comportamental do mesmo género pelo empregador, releva também a mesma violação.

A deslealdade no ETE infere-se de actos que violem a boa fé contratual bem como o abuso de confiança, que são actuações negligentes ou dolosas do trabalhador que produzem uma quebra de confiança por parte do empregador, ainda que possam não causar danos à empresa e até que nem seja uma atitude delituosa, a saber: trabalhar com incapacidade temporária<sup>922</sup>, apropriação de bens da empresa, informações que denotem violação de sigilo, entre outras.

A obrigação de manter sigilo<sup>923</sup> sobre os negócios da empresa não se extingue com a cessação do contrato de trabalho, isto é, não é propriamente necessário que se produza um dano real e objectivo ao empregador, bastará que haja uma eventual hipótese que essa dano possa vir a existir, sendo no entanto possível e admissível que o trabalhador possa utilizar segredos profissionais relativos à empresa no seu próprio benefício uma vez que tenha cessado o contrato de trabalho em razão da sua própria profissão, porque se assim não acontecer, e durante a constância do contrato, o trabalhador ver-se-á sujeito a despedimento ou outra qualquer sanção, podendo o empregador exigir uma qualquer indemnização; depois da cessação contratual o empregador pode exigir uma indemnização perante as instâncias judiciais.

O dever de sigilo constitui uma consequência lógica do dever de lealdade, que impõe ao trabalhador, entre outras, a obrigação de actuar tendo em vista exclusivamente o interesse social, ou seja, o dever de sigilo comporta aspectos relacionados com a manutenção de reserva sobre os negócios da empresa, não divulgando determinadas informações a terceiros e que possam causar prejuízos para o empregador, bem assim como limita a utilização de informações confidenciais.

---

<sup>922</sup> A este propósito, revela a sentença do STE de 27/03/2013 que o dever de informação do trabalhador é um factor de pertinente de conduta.

<sup>923</sup> Neste sentido, a Sentencia de la Magistratura de Trabajo, de 13 de mayo de 1985.

A tutela do segredo destina-se primordialmente a garantir a lealdade e a honestidade nas relações concorrenciais, de forma a preservar os interesses do empregador, isto devido ao facto de que essa mesma protecção resultar da não divulgação de qualquer inovação para o futuro, ou até situações actuais que estejam em “*quarentena*”, porque o silêncio da lealdade pode desaguar em deslealdade.

Este preceito tem na nossa perspectiva uma situação que pode evidenciar algum condicionalismo, senão consideremos que esse segredo se possa manter indefinidamente, ora, e por exemplo na área de saúde e na investigação farmacêutica, este condicionalismo pode conferir ao titular-empregador uma manutenção de informação que poderá ser prejudicial ao desenvolvimento terapêutico da sociedade, ficando o trabalhador inibido pelo contrato de trabalho existente de conferir uma actualidade de preventiva ou curativa, podendo, e como é óbvio trazer prejuízos à própria sociedade.

A extensão do dever de sigilo deve ser determinada pelo próprio empregador, sendo possível na pré-contratualização formalizar o que é de facto confidencial, porém, existirá sempre uma salvaguarda quando, e se necessário, se justifique revelar situações estratégicas previsíveis no seio da estrutura empresarial.

Podemos, ainda que sucintamente, caracterizar que o dever de sigilo estabelece um elemento objectivo, ou seja, o objecto da informação é exclusivo e confidencial, estabelece também um elemento subjectivo que se manifesta pelo empregador e pela vontade de manter a informação confidencial, e por fim um elemento patrimonial, em que o objecto do conhecimento tem um valor económico ou, pode eventualmente vir a tê-lo, e que para o empregador faz crer um valor acrescentado perante a concorrência.

Realça o facto de que no ETE se aferir que uma atitude de lealdade através dos requisitos implícitos na relação laboral que se inicia com contrato de trabalho, e como consequência por se tratar de uma obrigação contratual deixou há muito de configurar o “*sentimiento de fidelidade ideológica*” do passado que caracterizava a relação patrão-trabalhador, e é de tal forma esta evidência, que hoje em dia esta unidade é demarcante do conceito dos trabalhadores contra os empregadores<sup>924</sup>, porém o contrato de trabalho ainda é definido num conceito de trabalho em troca de uma retribuição.

---

<sup>924</sup> “*Esta visión anacrónica de la teoría de la lucha de clases, ya no tiene reconocimiento en el ámbito científico*”. cfr. MONTROYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, 27-30.

A violação do dever de lealdade, não poderá ser considerada uma exigência dirigida somente ao trabalhador, pois torna-se vinculativa, também, ao empregador (artigos 126, 127 e 129 do CTP e artigos 5, e 20 do ETE e artigo 7 do CCE); duvida-se que possa estar encoberta pela boa fé do empregador uma atitude de um qualquer delito exigindo aos trabalhadores que o conhecem, o dever de sigilo sobre o mesmo, e é o caso e a título exemplificativo da fraude fiscal (facturas falsas, declarações omissas ou falsas, entre tantas outras).

Somos de opinião que existem limites que podem condicionar a atitude denunciadora de um trabalhador, mas, o facto de não revelar incongruências e falsidades do empregador, não é mais uma manifestação de lealdade, sendo que esta só se torna juridicamente relevante se estiver em causa os interesses empresariais.<sup>925/926</sup>

A boa fé vincula os trabalhadores que devem cumprir os deveres contratuais subscritos no contrato de trabalho, porém, os limites que advém do próprio contrato de trabalho e da sua prestação normal, devem seguir os trâmites da boa fé e da lealdade, tal como assinala o TCE.<sup>927</sup>

A jurisprudência portuguesa também é unânime na apreciação sancionatória da violação do dever de lealdade, e entre vários, a apreciação do STJ<sup>928</sup>, durante a vigência da relação laboral, pelo que as actividades externas à empresa consolidam as obrigações recíprocas, tanto do trabalhador como do empregador.

Insignificante, aliás, é que o segredo seja industrial ou relativo a uma qualquer estratégia comercial, pois a conexão com os deveres de conduta, percebemos a importância do trabalhador e empregador manterem uma relação de lealdade, que não obste à harmonia das relações internas e o consequente sucesso da actividade empresarial, em benefício de todos os que fazem a empresa ou consomem o seu produto final.

Assim, a sanção a aplicar por violação do sigilo poderá determinar o despedimento com justa causa do trabalhador que faz uso indevido de informação sigilosa da empresa, que a diferencia e viabiliza a sua participação no mercado.

Clarifica-se desta maneira, que a posição do trabalhador nas situações de não trabalho, ou porque o trabalhador está no seu período de descanso, em férias, ausente, ou porque o

<sup>925</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, pág. 804.

<sup>926</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, Lisboa, pág. 357.

<sup>927</sup> Cfr. STC 6/1988, de 21 de Janeiro.

<sup>928</sup> STJ – nº 338/08.9TTLSB.L1.S2 de 03-10-2012: (...) Consagra-se neste dispositivo o dever de lealdade que é um dos deveres acessórios autónomos da prestação principal e que onera o trabalhador no contexto da relação de trabalho; ao dever de lealdade é reconhecida pela Doutrina uma dimensão ampla e uma dimensão restrita, concretizando-se esta nos deveres de não concorrência e de sigilo que são objecto de consagração expressa naquela norma.

contrato se suspendeu por qualquer motivo, nestas circunstâncias, deixando de ser exigível a prestação de trabalho, suspendem-se com ela os deveres acessórios integrantes mas mantêm-se os deveres acessórios autónomos.

### ***7. Incumprimento do dever de lealdade e o poder disciplinar empresarial***

Como afigurámos no *item* anterior, o comportamento extra-laboral do trabalhador pode induzir apreciação de justa causa de despedimento, e mormente em caso de quebra de confiança, apesar de que, e tendo em consideração os direitos da personalidade do trabalhador, é regra na doutrina a “*irrelevância disciplinar dos comportamentos extra-laborais do trabalhador*”<sup>929</sup>, contudo a jurisprudência portuguesa tem revelado disciplinarmente outras condutas<sup>930</sup>, com motivos de despedimento por violação do dever de lealdade do trabalhador considerando que o comportamento consubstancia uma justa causa de despedimento, e não se pense na existência de danos<sup>931</sup> para a empresa, pois basta que esses danos sejam não patrimoniais, mas que seja integrador da violação da boa fé contratual exigida pela contrato de trabalho.

Em Portugal a cessação unilateral por parte do empregador é efectuada através de um incumprimento grave perante uma causa subjectiva previsto no artigo 351 do CTP, dado que as situações objectivas decorrem, ou podem decorrer em caso de crise empresarial; ora, partindo do regime que resulta da proibição de despedimento sem justa causa, tal como exposto pelo artigo 53 da CRP, ao empregador é-lhe facultado despedimento por violação por parte do trabalhador desde que devidamente fundamentado, e que essa causa subjectiva seja decorrente de um “*incumprimento grave e culposos dos deveres legais e contratuais*”.<sup>932</sup>

Em princípio, o trabalhador age com culpa quando conscientemente viola um dever a que está obrigado, mas não se olvide de analisar a situação em concreto, sobretudo no que se refere às circunstâncias em que ocorreu essa violação, ao que se lhe é possível exigir, bem como às características de personalidade do próprio, e o facto de ser considerado grave

<sup>929</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 815.

<sup>930</sup> Em sentido contrário: Acórdão TRE de 02/06/1991, CJ, 1991, III, pág. 315; Acórdão TRP de 17/01/2005, CJ, 2005, I, pág. 225; Acórdão TRC de 02/11/1995, CJ, 1995, V, pág. 89; Acórdão do STJ de 21/01/1998, AD, 438º, pág. 860.

<sup>931</sup> Cfr. Acórdão STJ de 18/01/2005, CJ, 2005, I, pág. 227.

<sup>932</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 805.

permitirá também a necessidade de ponderação, tendo em conta o cargo<sup>933</sup> que o trabalhador ocupa e a gravidade<sup>934</sup> das consequências perante os interesses da entidade empregadora, porque se assim não for, o ónus da deslealdade cabe à outra parte.

A violação dos deveres pelo trabalhador devem preencher os requisitos da ponderação, para que a ilicitude cometida possa afectar o comportamento na estrutura empresarial, seja o exemplo de uma assistente administrativa com um desempenho louvável, mas com uma vida pessoal reprovável; se o comportamento externo comprometer substancialmente e gravemente a prestação no trabalho, o vínculo de lealdade e confiança entre as partes pode ficar deplorado, mas se assim não acontecer, em princípio não poderá haver um despedimento.

É nesta circunstância que o empregador deve expor as motivações de sancionamento do trabalhador de forma justa e ponderando a valoração da infracção cometida, de forma a que haja uma proporcionalidade entre as circunstâncias relativas ao facto, ao autor e a sanção que se haja a impor, nesse sentido, e salvo se concorrerem outras circunstâncias que evidenciem a gravidade, deve-se exigir um uso abusivo que exceda o simples uso excepcional, e tudo isso sem prejuízo de se poder impor outra sanção que não dispensa naquelas hipóteses de a conduta do trabalhador não atingir a necessária gravidade, devendo essa sanção estar suficientemente tipificada.

A qualificação das infracções deve ser efectuada pela qualificação e decidida com o propósito individualizado das circunstâncias variáveis, e sendo o dever de lealdade uma regra, e seguindo a visão gradualista e qualitativa<sup>935</sup>, ainda pelo facto de o dever de lealdade que hoje se apresenta nas relações laborais tem um conceito enquanto dever de conduta, através de uma determinação social (acolhida pela lei) de agir com zelo, atenção, respeito e dignidade do que um mero conceito subjectivo, e contudo só se pode realizar no pessoal, enquanto absorvida e compreendida.

Nunca pode o dever de lealdade funcionar como uma simples imposição, pois faz-se necessário que o actor social compreenda a importância de reconhecer o outro, incluindo-se e incluindo-o no “*nós*”, ou seja inter-partes, e esta teoria gradualista não se apresenta somente na aplicação da sanção pelo empregador, pois a “*ultima palavra*” pertence ao Tribunal apreciar e aplicar, e é singular a aplicação dos tribunais pela sanção menor.<sup>936</sup>

<sup>933</sup> Cfr. Acórdão STJ de 16/06/1993, AD, 380º, pág. 956.

<sup>934</sup> Cfr. Acórdão STJ de 30/06/1993, AD, 382º, pág. 1077.

<sup>935</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág.1086.

<sup>936</sup> E no caso recorremos de novo ao preceituado e cfr. a sentença do STS 2041/2013 de 27/03/2013.



No grau de diligência exigido ao trabalhador, e aqui é relevante apreciar a função específica e cargo desempenhado, é tema qualificador de actuação negligente ou dolosa, tal seja a graduação do comportamento, mas o simples facto de um furto de um valor extremamente reduzido, induzirá em absoluto uma deslealdade perante o empregador, e nesse sentido a jurisprudência assim o refere.<sup>937</sup>

O legislador propõe situações típicas de justa causa disciplinar como sejam os comportamentos lesivos aos interesses patrimoniais da empresa, a redução anormal de produtividade, com as consequências que daí advém para a estrutura produtiva, práticas de violação física e verbal, injúrias<sup>938</sup> contra ao empregador e colegas de trabalho, são algumas das situações constitutivas do comportamento do trabalhador que podem abordar justa causa de despedimento, ou seja, estamos na presença do corolário do artigo 351 por força da violação do artigo 128, ambos do CTP.

A “*invalidade e cessação do contrato*”, determina que a invocação da ineficácia pela parte de má fé, estando a outra de boa fé, seguida de imediata cessação da prestação de trabalho, aplica-se o regime da indemnização prevista no número 1, do artigo 391<sup>939</sup> ou no artigo 401<sup>940</sup> para o despedimento ilícito ou para a denúncia sem aviso prévio, conforme os casos; e, no quarto *item*, define que a má fé consiste na celebração do contrato ou na manutenção deste com o conhecimento da causa de invalidade. Desta forma, quem de má fé denuncia o contrato contra aquele de boa fé, tem este o direito à indemnização ou a denúncia sem aviso prévio.<sup>941</sup>

A aplicação da sanção disciplinar máxima prevista pelo artigo 351 do CTP justifica o incumprimento grave dos deveres do trabalhador, e tal como no artigo 54 do ETE, assumem o carácter disciplinar do despedimento, o qual refere “*despido disciplinario*”, sendo as

<sup>937</sup> Cfr. Acórdão TRL de 31/07/1985, BTE, 2ª, 1/02/1988, pág. 217.

<sup>938</sup> Cfr. Acórdão TRL de 16/09/2003, CJ, 2003, IV, pág. 266; Acórdão TRP de 24/03/2003, CJ, 2003, II, pág. 224.

<sup>939</sup> Pelo CTP, artigo 391, “*indemnização em substituição da reintegração*”: 1 - Em substituição da reintegração pode o trabalhador optar por uma indemnização, cabendo ao tribunal fixar o montante, entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude decorrente do disposto no artigo 429.

<sup>940</sup> Pelo CTP, artigo 401, “*falta de cumprimento do prazo de aviso prévio*”, determina que, caso o trabalhador não cumprir, total ou parcialmente, o prazo de aviso prévio estabelecido no artigo anterior, fica obrigado a pagar ao empregador uma indemnização de valor igual à retribuição base e diuturnidades correspondentes ao período de antecedência em falta, sem prejuízo da responsabilidade civil pelos danos eventualmente causados em virtude da inobservância do prazo de aviso prévio ou emergentes da violação de obrigações assumidas em pacto de permanência.

<sup>941</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, págs. 29-34.

transgressões ao princípio da boa fé previsto no ETE, passíveis de medidas disciplinares para a demissão.<sup>942</sup>

O ETE prevê que o empregador possua a faculdade de proceder disciplinarmente na vertente substantiva através do número 2, do artigo 60 e do artigo 58, para além da previsão do despedimento disciplinar com a fundamentação implícita nos artigos 54 ao 56, e para além dos procedimentos formais, que são comuns nos dois países estudados, a especificação é-nos providenciada com o teor do artigo 54.

Comummente, e como aliás se infere da jurisprudência, presume que a boa relação entre empregador e trabalhador devido ao contrato de trabalho, determine um comportamento recíproco primado pela correcção e lealdade, e este considerando é, ao fim e ao cabo, a consequência do conteúdo que está associado “ (...) *ao dever de ambas as partes em cumprir com coerência, lealdade e colaboração o denominado programa negocial que as próprias partes quiseram convencionar* ”.<sup>943</sup>

Porém, e como é comum nos ordenamentos jurídico-laborais ibéricos, salvaguardadas que estão as motivações deste estudo -, a indisciplina ou a desobediência pelo trabalhador ocasiona, ou pode ocasionar, a quebra do dever de lealdade do trabalhador por não ter observado os critérios gerais da boa fé.

As ofensas e o abuso de confiança são alguns dos motivos de procedimento disciplinar, porque a exigência do cumprimento das obrigações concretas no posto de trabalho é razão suficiente para uma quebra de confiança e que engloba os pressupostos merecedores de um despedimento, ou seja, e no caso o abuso de confiança é caracterizador de uma atitude do trabalhador que defrauda as expectativas que o empregador depositou aquando do compromisso contratual.

Destaca-se a concorrência desleal, e tendo como base convencional os preceitos até agora enunciados, evidencia-se que a jurisprudência, maioritariamente assinala que não se produzirá concorrência desleal se não se verifica um prejuízo para o empregador, porém, esta premissa conclusiva deve sempre merecer o princípio da ponderação, pois a mensurabilidade do prejuízo é determinado pela atitude que o trabalhador promoveu, e não se diga que não há concorrência desleal se o cônjuge do trabalhador inicia um negócio, porque tem o “*know-out*” do parceiro conjugal e se aproveita desses conhecimentos em ambiente familiar, para

<sup>942</sup> ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *TODO-Contratación laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012, pág. 54.

<sup>943</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 39.

promover o seu próprio negócio. Estejamos perante bens comuns ou próprios, o ambiente familiar encarregar-se-á de deferir os preceitos que melhorem o rendimento conjugal.

Haverá como objectivo essencial, auxiliar o benefício ao empregador e ao trabalhador e evitar os prejuízos que possam resultar da actuação e por tal razão, a consolidação geral da boa relação laboral faz referência a que esse comportamento resulte o necessário quão possível para dar uma utilidade saudável aos compromissos, ou seja, a boa fé enquanto obrigação principal e originária, dos deveres de lealdade, diligência, confiança, respeito, entre outras e enunciando as mais relevantes, pelo que é necessário, que o seu cumprimento seja necessário *“para que a obrigação directamente assumida alcance a utilidade esperada”*.<sup>944</sup>

A doutrina jurisprudencial ratifica a ideia ao assinalar que a alínea d), do artigo 54 do ETE tipifica como incumprimento contratual grave e culposo: *“la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”*, constituindo desta maneira a figura que temos vindo a reforçar contida no artigo 1258 do CCE ao estabelecer que *“los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”*, e como tal não só existe o dever de cumprimento do que foi estabelecido no contrato, mas também todas as consequências que daí resultem, e que nada mais é que o preenchimento jurídico previsto pelas alíneas a) e b), do artigo 5 do ETE.

A transgressão da boa fé ou do abuso de confiança são pressupostos de despedimento em conformidade com a legislação laboral, e o próprio artigo 54 do ETE assinala que o empregador pode despedir o trabalhador por *“um incumplimento grave e culpável do trabajador”*, e acrescenta que a transgressão da boa fé contratual e o abuso de confiança no desempenho laboral do trabalhador se consideram incumprimentos passíveis de despedimento.

Segundo a jurisprudência, o abuso de confiança existe quando o trabalhador se aproveita de um qualquer exercício de direcção<sup>945</sup>, uma certa autonomia de decisões, ou até pelo acesso privilegiado de informações confidenciais do empregador, e induz de uma especial gravidade<sup>946</sup>, e o legislador reveste o artigo 54 de uma evidente importância, pois considera-o uma forma receptiva do princípio da causalidade como corolário do direito constitucional e por consequência o exílio formal do despedimento justificado.

<sup>944</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual*, in *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1990, pág. 15.

<sup>945</sup> MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ RODRIGUEZ-SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed., Madrid, 1995, pág. 707.

<sup>946</sup> Cfr. SSTs 4 de Fevereiro e 23 de Maio de 1991, RJ 792 y 3921), *“(…) el principio de proporcionalidad exige que los ilícitos laborales imputables al trabajador – culpabilidad – estén revestidos, además, de una especial gravedad”*.

A jurisprudência<sup>947</sup> tem acentuado em numerosas sentenças que a boa fé contratual deve ser pautada pelo comportamento leal e respeito pela confiança que legitimamente as partes se obrigaram, e no caso do abuso de confiança configura-se como o uso indevido das faculdades conferidas, de maneira que se supõe uma lesão grave para a empresa o risco resultante.

Deduz-se que para se fazer uma apreciação conjuntural da existência da quebra da boa fé ou do abuso de confiança, é necessário que o trabalhador tenha praticado uma conduta que esteja viciada de um comportamento de deslealdade, que tenha sido praticado de forma consciente e voluntária e que dessa atitude tenham resultado consequências graves para o empregador, e das quais a ruptura das obrigações contratuais confluam numa quebra de confiança.

É frequente imputar a transgressão do trabalhador quando existe a necessidade de fundamentar as condutas que sejam merecedoras de um sanção de despedimento, mas que não tenham o preenchimento dos requisitos do número 2, do artigo 54 do ETE, e recorde-se as situações de embriaguez durante a jornada laboral com os riscos que daí possam resultar, ou o abandono ao posto de trabalho que não seja de forma reiterada, e daí que da jurisprudência consultada, e pela profusão, é portanto comum que o incumprimento dos deveres acessórios sejam considerados relevantes na apreciação dos tribunais espanhóis.

No caso em apreço o abuso de confiança por parte do trabalhador, e no que se refere à violação do dever de lealdade e diligência são os que comumente relevam um incumprimento dos interesses da entidade empregadora, e estas transgressões denotam a expressão típica da quebra de confiança do empregador no trabalhador, justificando-se dessa forma a extinção justificada do contrato de trabalho.

Outra situação da violação do dever de lealdade e probidade, tem a ver com as ofensas físicas e verbais na figura do empregador, ou, e é frequente, a verborreia ofensiva aos próprios familiares do empregador, que constituem uma causa legítima para proceder ao despedimento, como é evidente estas ofensas têm que ser graves o suficiente para que o despedimento tenha

---

<sup>947</sup> Neste sentido e cfr. Sentença nº 2834/2011 de TSJ Asturias (Oviedo), Sala de lo Social, 11 de Novembro de 2011; Sentença nº 498/2012 de TSJ Castilla-La Mancha (Albacete), Sala de lo Social, 24 de Abril de 2012; Sentença T.S.J. Andalucía 793/2012 de 8 de Março. Em sentido oposto T.S.J. Cantabria. (Sala de lo Social). Sentença 28 Agosto 1996. P.: Sancha Saiz. Nº de Recurso: 1189/1996: “(...) las circunstancias del caso conducen a desestimar la existencia de deslealtad y consiguiente despido”.

consistência, porque no caso de despedimento disciplinar tem que ter a valoração suficientemente sustentável para que possa ter êxito.

A intensidade do incumprimento contratual é aposta pelo empregador e verificada pelos tribunais, e este procedimento tem vindo a ser consolidado na doutrina, e é comum nos países estudados, o que obriga a uma acentuada e profícua graduação da conduta do trabalhador, de forma a permitir a faculdade extintiva, de “*forma proporcional e adequada*”<sup>948</sup>, por conseguinte, nem sempre toda a falta de lealdade, ou se se entender, a má fé das obrigações previstas no contrato de trabalho justificam o despedimento, isto é, a gravidade deve ser de tal forma, que impossibilite a subsistência do vínculo laboral, que nem mais que o elemento objectivo da justa causa.<sup>949</sup>

O princípio da proporcionalidade e da adequação entre a sanção e a gravidade deve ter a ponderação suficiente à sanção a aplicar, para que o empregador possa e deva, ter o bom senso da aplicabilidade<sup>950</sup> à pessoa, enquanto trabalhador, pois se assim não acontecer o trabalhador pode sempre impugnar o despedimento, ou seja a proporcionalidade implica uma correlação adequada entre a sanção susceptível de ser imposta e a infracção que haja sido cometida pelo trabalhador, e esta prerrogativa mais não é que a necessidade do cumprimento honesto e leal por parte do empregador, numa perspectiva racional e justa entre o incumprimento e a consequência desse mesmo incumprimento.

No artigo 54 estabelece-se a extinção do contrato de trabalho por decisão do empregador, devido às faltas graves e culpáveis do trabalhador, tais como: faltas repetidas e injustificadas de presença ou pontualidade ao trabalho, indisciplina ou desobediência no trabalho, ofensas verbais ou físicas ao empregador, ou aos trabalhadores da empresa ou aos familiares do empregador ou dos trabalhadores, a transgressão à boa fé contratual, bem como o abuso de confiança, no desempenho do trabalho, a diminuição continuada e voluntária no rendimento do trabalho normal ou pactuado, a embriaguez habitual e que influencia no rendimento do trabalho.

Observa-se que a extinção do contrato de trabalho relaciona a motivação do empresário para despedir o trabalhador e o cumprimento do empregador nos procedimentos que não tornem o despedimento improcedente ou nulo.

<sup>948</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Ceura, Madrid, 1999, págs. 947 e ss.

<sup>949</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Lisboa, 2006, pág. 807.

<sup>950</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Tratado practico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 1382.

Uma outra maneira de se verificar o dever de lealdade é analisando os motivos que levam os empresários a cessarem o contrato de trabalho por questão disciplinar, bem como, o dever de lealdade dos empresários e seus representantes em tomarem esta atitude de modo não arbitrário,<sup>951</sup> e a este respeito refere o CTP que o despedimento por facto imputável ao trabalhador, previsto no artigo 351, se estabelece através da justa causa de despedimento por comportamento culposos do trabalhador, quando a gravidade e consequências levam à imediata extinção da relação de trabalho, de acordo com as seguintes situações: desobediência não legítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores; violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa; provocação frequente de conflitos com trabalhadores da empresa; falta de interesse contínuo pelo cumprimento, com o desempenho devido, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho; lesão de interesses patrimoniais graves para a empresa; falsas declarações sobre a justificação de faltas; faltas injustificadas ao trabalho e que afectem gravemente a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, 5 faltas seguidas ou 10 faltas interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco grave; não cumprimento de regras de segurança e saúde no trabalho; prática de violências físicas, injúrias ou demais ofensas, em relação aos trabalhadores e seus representantes e empregador, na empresa; qualquer acto criminoso, em relação aos trabalhadores e seus representantes e ao empregador; não obediência a qualquer decisão judicial ou administrativa; ou baixa produtividade propositada. Observa-se que o despedimento por justa causa do trabalhador representa uma violação ao comportamento leal que deve possuir o trabalhador, perante a empresa e dos demais trabalhadores. Portanto, este caso representa o dever de lealdade do trabalhador perante a empresa e dos demais trabalhadores, a fim de não sofrer o despedimento por justa causa, a partir da obediência às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores.<sup>952</sup>

Os fundamentos gerais de ilicitude de despedimento, previstos no artigo 381, determina-se ilícito o despedimento por iniciativa do empregador, quando devido a motivos políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos, ainda que com invocação de motivo diverso; caso o motivo justificado do despedimento for declarado improcedente, ou seja, não se provar qualquer acto que justifique a justa causa; caso não seja precedido do respectivo procedimento; no artigo 382, a ilicitude de despedimento por facto imputável ao trabalhador,

<sup>951</sup> FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012, págs. 31-32.

<sup>952</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, págs. 63-66.

determina-se na ilegalidade do despedimento do trabalhador, quando o empregador tornar o procedimento do despedimento inválido, ou seja, não cumprir aos trâmites processuais.

É opinião compartilhada que o poder de direcção<sup>953</sup> e o poder disciplinar<sup>954</sup> do empregador constituem a contrapartida evidente da subordinação jurídica que advém das relações laborais<sup>955</sup>, sendo que este direito permite ao empregador a organização da empresa bem como sancionar as condutas ilícitas do trabalhador.

O CTP postula o despedimento-sanção sempre que, na análise diferencial concreta dos interesses em causa se conclua, num juízo de probabilidade e prognose sobre a viabilidade do vínculo, basicamente dirigido ao suporte psicológico e fiduciário que a interacção relacional pressupõe –, que a permanência do contrato de trabalho constitui objectivamente uma insuportável e injusta imposição ao empregador, ferindo, desmesurada e violentamente, a sensibilidade e liberdade psicológica de uma pessoa normal colocada na posição do real empregador.<sup>956</sup>

Devido a uma qualquer violação devida, ao supra mencionado –, o poder disciplinar permite ao empregador, por um lado, estabelecer regras de conduta do trabalhador na empresa, as quais não se reportam à actividade laboral<sup>957</sup>, e por outro lado aplicar sanções, que recaem sobre a pessoa do trabalhador no caso de incumprimento das ordens, ora ao abrigo do poder directivo ora ao abrigo do denominado poder disciplinar, ordenativo ou prescriptivo<sup>958</sup> –, e estabelecamos este aspecto como coercivo.

Note-se que, essa mesma coercibilidade poderia, contudo, efectivar-se por um de dois trilhos, ou deferindo aos tribunais a aplicação de sanções adequadas, e por outro lado, e este acolhido pela legislação portuguesa e espanhola, que é o facto de atribuir ao empregador o poder de aplicar a sanção que ele próprio considere adequada, cabendo ao trabalhador a faculdade de recurso ao tribunal, requerendo a anulação da sanção aplicada.

<sup>953</sup> ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Facultad de Derecho de Madrid, 1985, pág. 232.

<sup>954</sup> ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Facultad de Derecho de Madrid, 1985, “*El poder de dirección sería un mero poder moral (...) que no suscitaría obediencia, sino benevolencia, y no un poder jurídico, si no estuviera acompañado del de sancionar los incumplimientos a sus órdenes generales o especiales; a esto es a lo que se denomina poder sancionador o en terminología más generalizada, poder disciplinario*”, nota 2, pág. 273.

<sup>955</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 1981, pág. 326.

<sup>956</sup> Designação comumente designativa do despedimento motivado por qualquer violação do trabalhador, seja pela obrigação principal, seja pela violação dos deveres acessórios, e que comprovadamente assentes.

<sup>957</sup> No CTP o sistema gradativo das sanções disciplinares está previsto no artigo 328, e em Espanha, o artigo 58 do ETE, consagra um sistema gradativo de sanções disciplinares.

<sup>958</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*, Almedina, Lisboa, 2005, págs. 421-422.

A questão do fundamento do poder disciplinar, prende-se com a questão de saber por que se acha atribuído a uma das partes no contrato de trabalho, no caso, o empregador, o poder de aplicar directamente determinadas sanções ao outro contraente ou seja, o trabalhador, em consequência de comportamentos que não implicam pelo menos frontalmente, incumprimento da obrigação principal pelo último assumida.<sup>959</sup>

O empregador possui da faculdade singular de reagir, por via punitiva e não simplesmente reparatória ou compensatória, à conduta censurável do trabalhador, no âmbito da empresa e na permanência do contrato.<sup>960</sup>

Encontram aqui particular acuidade as considerações expendidas no Acórdão<sup>961</sup>, e que se pronuncia sobre situações de despedimento de trabalhadores colocados em cargos de maior confiança na organização das entidades empregadoras, designadamente em casos que envolvem o trabalho de gerentes e subgerentes bancários: depois de considerar que o dever de lealdade é aí mais acentuado, por serem mais exigentes e qualificadas as funções atribuídas, tem vindo a concluir que a subsistência dessa confiança constitui o fundamento nuclear da subsistência do vínculo.

No dever geral de lealdade sobressai o seu lado subjectivo que decorre da sua estreita relação e da permanência de confiança entre as partes, por forma a que a conduta ao trabalhador não crie no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura do seu comportamento, nem destrua ou abale a confiança subjacente ao contrato de trabalho, e a este propósito, a doutrina e a jurisprudência vêm sublinhando o papel da confiança no vínculo laboral, acentuando a forte componente fiduciária da respectiva relação.

O dever de lealdade gera enquanto dever acessório de não concorrência e dever de sigilo, susceptível de integrar justa causa de despedimento, seja por dano eventual, seja pela quebra de lealdade e de confiança na prossecução do interesse do empregador por parte do trabalhador, sendo que deve desempenhar as funções para as quais foi contratado com o objectivo da realização desses mesmos objectivos, não devendo negociar por conta própria ou concorrencialmente com o empregador, nem divulgar informações relativas aos métodos de

<sup>959</sup> Neste sentido: “*Como justificar que, num contrato de direito privado, um sujeito privado possa aplicar sanções à pessoa do outro contraente, com o objectivo de punir pela prática de acções ou de omissões que ele próprio qualificou como infracções e sem necessidade de intermediação judicial?*” in PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*, Almedina, Lisboa, 2005, pág. 304. A mesma autora vem referir que, “*a questão do fundamento do poder disciplinar laboral coloca-se em relação à sua componente sancionatória e reside em averiguar da admissibilidade de um poder punitivo directo do empregador sobre a pessoa do trabalhador, em resultado de um comportamento que ele próprio valora como infracção disciplinar e tendo em conta que o empregador é um ente jurídico privado e que o contrato é um negócio de direito privado*”.

<sup>960</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 14.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 263.

<sup>961</sup> Acórdão do STJ de 22/09/2010 e disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). e consultado em 04/11/2012.



produção ou negócios, ou seja, o dever de sigilo proclama-se como uma “*forma típica de lealdade*”.<sup>962</sup>

A inerente utilização de recursos do empregador em proveito próprio compromete o dever de lealdade, assim como, situações de furto, o que sendo crime constitui justa causa de despedimento ou demissão do próprio trabalhador -, independente do dano patrimonial causado.

O dever de lealdade impõe que o trabalhador em caso de força de maior, execute tarefas que habitualmente não lhe competem, dentro dos limites do *ius variandi*, atendendo nomeadamente à sua capacidade e funções, e desta forma, o dever de lealdade varia de acordo com as circunstâncias, devendo atender-se às funções do trabalhador: a funções mais elevadas e de maior confiança corresponde um dever de lealdade mais intenso.

A relação de confiança é-nos apresentada como uma espécie de dever supletivo que suporta a violação não exemplificada ou que “*reforça a violação exemplificada*”<sup>963</sup>, assumindo-se como uma concretização da boa fé<sup>964</sup>, e por outro lado, o trabalhador é obrigado a guardar segredo profissional relativamente aos factos de que tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções, e que não devam ser revelados publicamente, todavia, o sigilo tem limitações que decorrem, principalmente, da necessidade de o trabalhador cumprir outro dever conflituante com a confidencialidade, por força da aplicação do artigo 36 do CPP.<sup>965</sup>

Como já o afirmámos o ETE não preceitua o dever de lealdade de forma explícita ao contrário do CTP, e é oportuno referir que no caso da empresa espanhola que alegava que a proibição de despedir uma trabalhadora grávida estabelecido pelas Directivas 76/207 e 82/85 não se aplicaria nas situações concretas, pelo facto de que trabalhadora não informou o empregador da sua própria condição de gravidez, pelo que constituiria um incumprimento do dever de lealdade que se impunha nas relações laborais entre empregadores e trabalhadores, e como tal se justificava o despedimento, tal é sentença proferida pelo TJCE de 4 de Outubro de 2001, sob o Assunto C-109700, *Tele Danmark*.

Concretamente, o STJ tem reiteradamente afirmado que, ao quebrar-se a confiança entre o empregador e o trabalhador, deixa de existir o suporte mínimo para a manutenção dessa relação: porque o contrato de trabalho assenta numa base de recíproca confiança entre as

<sup>962</sup> MESQUITA ANDRADE, J.: *Direito do Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2004, pág. 391.

<sup>963</sup> QUINTAS, P., e QUINTAS, H.: *O Regime Jurídico dos Despedimentos – uma abordagem prática*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 21.

<sup>964</sup> Cfr. Acórdão do TRP de 14/03/2005, Tomo II, pág. 227.

<sup>965</sup> O conflito de interesses previsto neste preceito legal do Código Penal Português, refere que: “*O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime*”.

partes, se o comportamento do trabalhador de algum modo abala e destrói essa confiança, o empregador interioriza legitimamente a dúvida sobre a idoneidade futura da sua conduta.

O relevo da confiança mútua, ou seja a reciprocidade subjacente na relação laboral, integra justa causa de despedimento, em que o “(...) comportamento que vulnera o pressuposto fiduciário do contrato”.<sup>966</sup>

Agir com lealdade e cooperação, é não obstruir ou impedir que a outra parte cumpra com suas obrigações contratuais e mesmo após a extinção do vínculo contratual, as partes não podem adoptar atitudes que frustrem os objectivos da outra parte, diminuindo as vantagens que aquele poderia auferir ou causando-lhe danos, como aliás sucede nos pactos de não concorrência, e que aludimos *supra*, e não mais é que a responsabilidade pós-contratual, que se caracteriza pelo dever de responsabilização pelos danos oriundos após a extinção do contrato de trabalho.

Numa perspectiva comparada verificamos que em Espanha, o artigo 58 do ETE consagra um sistema gradativo de sanções disciplinares, ou seja, e no que diz respeito às consequências derivadas da violação dos deveres acessórios, e em particular o dever de lealdade, temos aqui, e perante a análise das duas legislações estudadas, que tendo em consideração a prossecução do interesse do empregador, e do trabalhador, por parte do trabalhador: este deverá desempenhar as suas funções tendo em vista exclusivamente a realização dos objectivos do serviço, não devendo negociar por conta própria ou em concorrência, nem divulgar informações relativas à organização, métodos de produção ou negócios, o dever de sigilo apresenta-se como uma forma típica de lealdade<sup>967</sup> isto é, a própria utilização de recursos do empregador em proveito próprio afronta o dever de lealdade, assim como, situações de furto.<sup>968</sup>

Assim, o dever de lealdade varia de acordo com as circunstâncias, devendo atender-se às funções do trabalhador: a funções mais elevadas e de maior confiança corresponde um dever de lealdade mais intenso. O dever de lealdade, em sentido amplo, manifestando-se em três direcções, empregadores, colegas e terceiros –, coloca problemas de conflitos de deveres: não se encontrando uma norma expressa sobre o conflito de deveres, a doutrina tem optado

<sup>966</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Da justa causa de despedimento no contrato de trabalho*, Almedina, 1965, pág. 162.

<sup>967</sup> MESQUITA, ANDRADE, J.: *Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2003, pág. 391.

<sup>968</sup> Neste sentido, se pronunciou o Acórdão RL de 31/07/1985, BTE, 2ª S, 1-2/1988, 217, que considerou justa causa de despedimento o furto de um objecto de valor ínfimo, pelo trabalhador, por considerar que tal comportamento configurava uma violação grave do dever de lealdade, que era independente do valor do objecto furtado.

pela aplicação do artigo 36 do CPP, donde resulta que o trabalhador deve cumprir o dever de superior importância mas, em caso de deveres não hierarquizáveis, aquele pode optar livremente.<sup>969</sup>

A violação deste preceito, sendo um dever, consubstancia sanções que tanto no ETE como no CTP estão previstas, respectivamente no artigo 54 e artigo 351, porém, e perante a violação da boa fé, enquanto princípio ordenador do contrato de trabalho, será um travão limitativo à liberdade de expressão e informação do trabalhador, ao ponto de o limitar ou impedir de uma conduta denunciadora das irregularidades que acontecem na empresa, e a questão coloca-se, deve ou não deve o trabalhador denunciar uma situação irregular que possa colocar a sua segurança, poderá ou deverá o empregador sancionar o trabalhador que apresente queixa às autoridades inspectivas do trabalho? Viola o dever de lealdade? Em nossa opinião, não só pode, como deve denunciar as irregularidades, e não prevê a doutrina e jurisprudência qualquer retaliação que o possa prejudicar, por ter sido leal e honesto.

Na realidade a obrigação do dever de lealdade e o seu incumprimento, é muito mais que uma lacuna legal ou uma alínea prevista em qualquer codificação.

### ***8. O dever de lealdade do empregador: respeito e cuidado do trabalhador***

O “*facere*” integra um dever do trabalhador tomar todas as atitudes perante procedimentos que possam comprometer ou provocar danos, sendo que o conteúdo negativo está previsto no já enunciado artigo 128 do CTP.

Porém, a reciprocidade do dever de lealdade é também corolário previsto no CTP, desta forma, e para além do dever retributivo como dever principal do empregador<sup>970</sup>, estão previstos deveres acessórios, proibindo-o de violar as garantias do trabalhador.

“*O empregador deve, nomeadamente, respeitar e tratar o trabalhador com urbanidade e probidade*”, é desta forma que o legislador, através da alínea a), do número 1, do artigo 127 do CTP proclama o dever de respeito, que mais não será que o dever de lealdade perante o trabalhador, sendo que os mais relevantes enquanto acessórios, serão o dever de promoção da formação profissional, segurança e saúde laboral, contudo a urbanidade e probidade elencam o princípio de respeito pelo trabalhador.

<sup>969</sup> MESQUITA, ANDRADE, J.: *Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2003, pág. 388.

<sup>970</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Tomo II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 535.

O dever de respeito é de facto no CTP dimensionado pela incerteza do próprio dever, pois caracteriza-o através da urbanidade<sup>971</sup> e probidade<sup>972</sup>, ou seja, os pressupostos da lealdade estão enunciados de forma vaga e “*que obriga à sua concretização, sendo que esta deve ter em conta o contexto específico da cada vínculo laboral*”<sup>973</sup>, sendo que o dever de respeito tem como limites os direitos da personalidade<sup>974</sup> do trabalhador, como sejam o dever de reserva à vida privada<sup>975</sup>, direito à imagem e liberdade expressão.<sup>976</sup>

Porém, é unânime o preceituado na legislação laboral espanhola da aplicabilidade do dever de lealdade recíproco do trabalhador para a com a entidade empregadora.<sup>977</sup>

Aliás, é importante para se poderem perceber as opções do legislador neste domínio e dirimir eventuais problemas emergentes no seio das relações laborais é descortinar quais são as fontes e fundamento dos poderes do empregador.

Quando nos referimos às fontes dos poderes da entidade empregadora, referimo-nos aos instrumentos jurídicos de reconhecimento do dito poder, ao referirmos os fundamentos desses poderes, referimo-nos à razão jurídica explicativa dessa atribuição.<sup>978</sup>

Os poderes que a entidade empregadora tem no âmbito da relação de trabalho, embora se fundamentem na própria natureza da relação laboral, parecem encontrar o seu fundamento originário no direito de livre iniciativa económica privada e de liberdade de empresa, reconhecidos constitucionalmente, com a importância que a organização empresarial tem sobre a configuração do dito poder<sup>979</sup>, é fulcral, porque essencial ao cumprimento de uma eficaz gestão pela produtividade.

<sup>971</sup> O dever geral de urbanidade que impende sobre os trabalhadores, tem como elementos fundamentais a discrição, o zelo, a lealdade, a afabilidade no trato e a pontualidade.

<sup>972</sup> Observância rigorosa dos deveres, da justiça e da moral.

<sup>973</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Tomo II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 359.

<sup>974</sup> A entidade empregadora tem um limite no poder de direcção que lhe é conferido, tal como estipula o nº 1, do artigo 26 da CRP, cfr. ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho*, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 628.

<sup>975</sup> A entidade empregadora tem um limite no poder de direcção que lhe é conferido, tal como estipula o artigo 70 e ss. do CCP, cfr. ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho*, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 628.

<sup>976</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Tomo II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 360.

<sup>977</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, págs.61-62, quando refere: “*Si hay una noción de buen empleador, de algún modo simétrica a la de buen trabajador, también habría un deber de lealtad, colaboración y fidelidad del empleador con el trabajador*”.

<sup>978</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 34-36.

<sup>979</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, “(...) o poder de direcção tem um triplo fundamento: a qualidade de credor do empresário; a qualidade de chefe de empresa, do empresário; o interesse social”, págs. 37 e ss.

O dever de respeito do empregador tem o mesmo paralelismo que o dever respeito que incumbe ao trabalhador, e como tal, também em relação aos superiores hierárquicos, tendo uma dimensão genérica com a profícua necessidade de regras de conduta socialmente adequadas.

A inobservância do dever de cuidado torna a conduta do empregador dolosa, o que evidencia culpa, e não importa a existência de uma factualidade concreta basta que a prevenção não esteja accionada, e a actuação inspectiva das autoridades do trabalho considerá-la negligente ou dolosa, fundamentada que está pelo desrespeito da boa fé contratual, e consequentemente a deslealdade perante o contrato de trabalho que, através do dever de informação havia sido evidenciado.

Prefigura uma violação culposa dos deveres do empregador, a falta de cuidado no ambiente de trabalho, devendo proporcionar ao trabalhador condições que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida pessoal e familiar, bem assim como proporcionar as condições de segurança e saúde, previstas no artigo 127, numa atitude de urbanidade e lealdade, e se assim não acontecer, o trabalhador sempre pode resolver o contrato de trabalho, sancionada com a responsabilidade nos termos do número 1, do artigo 323, ou através da resolução do contrato conforme o artigo 394, todos do CTP.

Os limites do dever de respeito são os direitos de personalidade do trabalhador, podendo existir uma possibilidade de interacções antagónicas, sinérgicas ou aditivas com o direito de expressão, o direito à imagem ou o direito à reserva da vida privada do trabalhador, contudo o empregador e os seus subordinados com funções de chefia<sup>980</sup>, e esqueçamos que na relação laboral tripartida, empregador→chefia→trabalhador, persiste uma cadeia de responsabilidades que sofre certas vulnerabilidades; uma ordem do empregador, pode ser delegada na chefia que por sua vez a transmite ao trabalhador subordinado, e nem sempre o receptor da missiva a interpreta de forma fidedigna e daí poderem resultar más interpretações que introduzem um “*feed-back*” negativo deduzido pelo emissor como uma falta de respeito por distorção da informação.

O envolvimento integral da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, conexo com o reconhecimento da eficácia civil dos direitos fundamentais do trabalhador no quadro

<sup>980</sup> Considerando que tanto a doutrina e jurisprudência têm defendido que os trabalhadores com cargos de chefia, e embora não tendo uma figura jurídica própria, têm procedido de forma a distingui-los em termos de deveres, dos trabalhadores comuns, e porque beneficiam de uma confiança diferente, ou seja, de “*deveres mais intensos*”, cfr. MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 672, este trabalhador, mais que qualquer outro, e pelo facto de representar o empregador, expõe a imagem da empresa junto dos trabalhadores subordinados, e as condutas desleais têm, obviamente, uma repercussão mais acentuada.

laboral, determinam a necessidade de uma intervenção legislativa destinada a harmonizar os direitos fundamentais do trabalhador com os direitos e interesses do empregador constitucionalmente protegidos, designadamente o direito à livre iniciativa económica privada, tal está estabelecido no número 1, do artigo 67 da CRP, e a liberdade de empresa.

Nos termos do artigo 127 do CTP, o empregador deverá respeitar e tratar o trabalhador com urbanidade e probidade, pagar pontualmente a retribuição, que deverá ser justa e adequada ao trabalho, proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral, bem como o empregador deverá proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal, entre outros, numa clara obrigatoriedade que lhe impõem os deveres acessórios à obrigação principal.

Este dever tem uma exigência geral de um comportamento correcto para com o trabalhador com destaque à proibição de condutas de assédio sexual<sup>981</sup> e moral<sup>982</sup> para com o trabalhador, matéria prevista no artigo 29 do CTP e que sendo um comportamento indesejável, viola a dignidade do trabalhador, que se traduz num ambiente humilhante e hostil, isto é, o legislador consagrou o dever de “*não obstar injustificadamente à prestação efectiva do trabalho*”, e tal projecta-se através da alínea b), do número 1, do artigo 129 do CTP, que permite uma garantia consagrada na lei, sempre que o direito do trabalhador revista carácter reiterado, o possa levar como “*limite à denúncia do contrato*”<sup>983</sup>, e como já enunciámos, o dever do empregador e da empresa, rege-se por uma conduta de probidade e urbanidade, e estas qualificações quando desvirtuadas, resultam numa clara violação do dever de lealdade, porque estas práticas têm na maioria das vezes a aspiração de forçar o trabalhador a desvincular-se da empresa.

O empregador integra na estrutura empresarial que dirige, ou através de quem delega competências para tal desempenho, uma panóplia de riscos, não esquecendo que é nesse local que o trabalhador presta a sua actividade num conteúdo proteccionista de vida e saúde numa atitude compromissória da boa fé contratual, denotando a necessidade imperiosa de um dever de cuidado junto dos trabalhadores.

O objecto da protecção da personalidade é aqui a integridade física, entendida como integridade físico-psíquica, ou seja, o direito a não ser lesado na integridade físico-psíquica,

<sup>981</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Tomo II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 538.

<sup>982</sup> REDINHA REGINA, M.: *Assédio Moral ou “mobbing” no trabalho*, in estudos ao Prof. Dr. Raul Ventura, II, Coimbra, 2003, págs. 833-847.

<sup>983</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Tomo II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 348.

tal como se possuiria se não se verificasse tal lesão e a integridade moral. A integridade moral, por seu turno, é um bem da personalidade humana mais próximo da honra e dignidade da pessoa do que da existência incólume do ser físico e psíquico.

O número 2, do artigo 20 do ETE sustenta que o trabalhador e o empregador se submetem às prestações recíprocas da exigência da boa fé que se manifesta através do dever de lealdade, e é o caso de, e por exemplo, se o trabalhador detecta uma anomalia ou um defeito do material de trabalho, deve comunicá-lo à entidade empregadora ou ao responsável hierárquico, porque se o não fizer incorre numa falta de lealdade, e se por sua vez, o empregador após conhecimento do facto não proceder à resolução comete uma violação de dever de lealdade, podendo por em causa não só a produtividade da empresa, como também a segurança do trabalhador.

O empregador está obrigado a garantir a segurança e saúde dos trabalhadores em todos os aspectos relacionados com o trabalho desenvolvido, e como tal deve dar formação aos trabalhadores para que se adoptem medidas atinentes a minimizar os riscos ou a repará-los, devendo considerar uma tutela especial junto dos trabalhadores em situação de gravidez, trabalhadores deficientes, trabalhadores menores, etc., ou seja uma medida *“preventiva e curativa”* de maneira honesta e leal junto dos elementos integrantes da estrutura.

Por outro lado compete ao empregador zelar, e tal como prevê a alínea e), do número 2, do artigo 4 do ETE a reconhecer a favor do trabalhador ao direito à intimidade e à devida dignidade e protecção perante ofensas verbais ou físicas.

O dever de respeito e dignidade do trabalhador, que no ETE não nos parece uma interpretação minuciosa e exaustiva, deve contudo recorrer-se dos critérios interpretativos jurisprudenciais, embora se conceptualize genericamente a dignidade.

Na relação de trabalho, o trabalhador vê reconhecido, e o empregador -, deve-se à consideração da dignidade devida, preceito que é erigido pelo número 1, do artigo 10 da CE, isto é, estamos perante uma noção que permite incluir no seio dos direitos constitucionais, o direito ao respeito e cuidado pessoal e familiar e à liberdade de expressão do trabalhador, os quais, se não cumpridos determinam um incumprimento por parte do empregador ou dos seus representantes directivos.

Estas atitudes de respeito e cuidado devidos pelo empregador ao trabalhador compreendem expressamente a protecção perante as ofensas verbais e físicas, dignidade e intimidade, aludido pelo artigo 18 do ETE.

O trabalhador assediado tem todo o direito a ver ressarcido o restabelecimento moral e social, e não se coloque em causa o artigo 15 da CE, pois proporciona a norma, suficiente para que o trabalhador possa requerer a tutela judicial. Como já aludimos pelas consequências no direito português, as condutas e sequelas são idênticas na perspectiva espanhola, podendo o trabalhador afectado deduzir a extinção do posto de trabalho com base na aliena c), do número 1, do artigo 50 do ETE, como aliás é reforçado pela jurisprudência constitucional.<sup>984</sup>

Há que ter em consideração que o dever de cuidado do empregador é devido com a diligência necessária e constitui um ponto de referência obrigatório para que se possa apreciar uma conduta que está, ou poderá estar, sujeita a alguns ilícitos que imprudentemente assim o determinaram, mas não se omita que ao empregador não lhe é permitido a ignorância do preceitos legais em que se move.

Apesar de não existir uma norma legal que preceitue os limites do dever de cuidado, as medidas devem ser contratualmente adaptadas, e a diligência<sup>985</sup> empresarial no seu cumprimento deve ser meticulosa, exacta e leal, pelo que se não cumprido, que seja preventivamente, induz na violação da lealdade que lhe subjaz.

Interessa nesta apreciação verificar que o trabalhador ao ingressar na “*massa*” empregadora, mantém os direitos, liberdades e garantias de que é titular e que são inerentes da sua condição de pessoa, os quais terão apenas de adaptar-se ao elemento subordinação jurídica, cujas exigências, designadamente de colaboração, de lealdade e de boa fé, não podem, em nome da “*autonomia contratual e empresarial*”, impor-se em todo e qualquer caso, designadamente quando entrem em conflito com o núcleo essencial desses direitos.

É sabido que o empregador possui o poder de controlar e fiscalizar o trabalho do trabalhador, através de várias formas de controlo, todavia, esse poder não é ilimitado, pois, é proibido afrontar os direitos dos trabalhadores, tais como a intimidade, privacidade, vida privada, etc.

O direito à intimidade e à vida privada das pessoas, além da honra e da imagem, do respeito e da custódia, são considerados invioláveis, e havendo violação é assegurado o direito a indemnização por danos morais ou materiais, conforme estabelecem os direitos fundamentais ibéricos.

O direito da personalidade engloba a classe relativa às espécies de direitos subjectivos que, possuem por base a dignidade da pessoa humana, servindo como garantia para a fruição e

<sup>984</sup> Cfr. STC de 13 de Dezembro de 1999, sob o nº 224/1999.

<sup>985</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág.79.



o respeito as demonstrações físicas ou sociais de cada indivíduo. Tendo em vista que a intimidade concerne em algo que é interior, subjectivo a cada pessoa, e sendo a personalidade uma categoria do direito subjectivo, observa-se que um direito está relacionado ao outro.

Perspectiva-se o direito da personalidade como sendo a categoria especial de direitos subjectivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.

A intimidade diz respeito exclusivamente ao indivíduo em si mesmo, a um comportamento e reacção que é próprio de cada um, e que não se estende às demais pessoas, o empregador deverá fazer uso do seu poder de controlo de forma limitada, porque, é necessário que ele observe os direitos de intimidade, privacidade, personalidade, de custódia e respeito, dentre outros, pertencentes aos trabalhadores, de forma idónea, útil e leal.

Um contrato de trabalho estabelecido entre o empregador e o trabalhador não está apoiado apenas pela legislação laboral, mas é também sustentado pela Constituição, ambas as partes possuem direitos e obrigações, por exemplo, o empregador poderá controlar o serviço dos trabalhadores, todavia, é preciso respeitar a inviolabilidade de alguns direitos dos trabalhadores devendo o trabalhador cumprir com os seus deveres e subsidiariamente com as normas estabelecidas pela empresa, porém, não é permitido que ele tenha os seus direitos arrostados pela entidade empregadora.

É na CRP e na CE que encontramos fundamento para que os limites que os direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador possam comportar, não podendo o respectivo exercício fazer-se senão com respeito pelos direitos da outra parte da relação, em cuja organização produtiva imperam princípios de disciplina.

É uma realidade, que perfilhamos, que o poder de direcção do empregador está implícito e como tal é um conteúdo essencial da própria liberdade que contém, e assim sendo, estará integralmente contida naquelas faculdades que somadas ou combinadas permitem dar sequência aos conteúdos empresariais inerentes nas relações internas da empresa atendendo aos interesses constitucionalmente protegidos por quem os iniciou, ou seja o empregador.

Tal como concluímos em relação ao trabalhador, a posição debitória do empregador no vínculo laboral é complexa e integra deveres patrimoniais e pessoais.

O dever de lealdade imposto ao empregador pode ser resumido como um dever ético, que decorre da confiança que lhes foi depositada, impondo aos mesmos que actuem no interesse da estrutura empresarial globalmente considerado.

Os empregadores e os seus dirigentes deverão procurar a concretização dos objectivos sociais, no contexto maior da sociedade em que se insere a sua actuação, sempre mantendo a reserva necessária sobre as actividades desenvolvidas pela empresa.

## **CAPÍTULO IV - DEVER DE LEALDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTRATO DE TRABALHO**

### ***1. Dever de lealdade no exercício dos Direitos Fundamentais no contrato de trabalho***

Os direitos dos cidadãos, enquanto trabalhadores, devem-se de sobremaneira às modificações estruturais havidas nas empresas, com posturas de trabalhadores e empregadores que motivou à denominada constitucionalização do Direito do Trabalho, da qual resultou uma maior protecção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo que não se pode olvidar uma eventual choque desses mesmos direitos entre as partes.

A questão implica as interpretações constitucionais, jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas aquando da necessidade de influir os direitos e garantias dos trabalhadores nas Constituições em causa, e os resultados interpretativos e aplicativos das legislações laborais e da jurisprudência dos dois países estudados.

As diferentes correntes doutrinárias<sup>986</sup> e jurisprudenciais que tratam do exercício dos direitos fundamentais do trabalhador perante o empregador, num ambiente contratual, são resumidas, e no caso investigado, em duas orientações metodológicas.

O Tribunal entende que os direitos humanos fundamentais do trabalhador não são absolutos, mas limitados, atraindo o problema da colisão com outros direitos, bens e valores constitucionais, o que deve ser equacionado com o teste da ponderação.

Já o ponto de partida da segunda orientação metodológica anuncia um critério comparativo de modulação entre direitos, e não de colisão, de forma que o exercício do direito fundamental tem de resultar compatível com a autonomia privada, e nesta a boa fé eclodiria como elemento extra-constitucional, cujo propósito seria restringir os direitos humanos

---

<sup>986</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, Editorial Relaciones Laborales, Revista Crítica de Teoría e Práctica, nº 22, Novembro 2003.

fundamentais, resultando num processo de interiorização da lógica contratual nos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

Ou seja, admite-se que os direitos fundamentais dos trabalhadores possam ser limitados e ponderados com outros direitos, valores ou bens, desde que conservados constitucionalmente, e não com a boa fé, que seria um princípio infraconstitucional, oriundo do direito privado.

Mas, não foi nosso objectivo e neste estudo em concreto, reproduzir as variáveis na doutrina laboral espanhola, é que as doutrinas sobre os contornos da boa fé contratual são inúmeras e a reprodução de todas elas se revelaria numa tarefa sem muita utilidade teórica ou prática, para o caso do dever de lealdade, mas, e ainda como exemplo acrescentaremos que a cláusula da boa fé, que é utilizada pela jurisprudência francesa e italiana, é a mesma que é utilizada pelo TCE, em consonância com a CE, havendo desta forma uma “*constitucionalização da boa fé contratual*”.<sup>987</sup>

Perscruta-se, que um trabalhador ao ingressar numa entidade empregadora, mantém os direitos, liberdades e garantias de que é titular e que são inseparáveis da sua condição de pessoa, os quais terão apenas de adaptar-se ao elemento subordinação jurídica, cujas exigências, designadamente de colaboração e de lealdade, não podem, em nome da “*autonomia contratual e empresarial*”, impor-se em todo e qualquer caso, designadamente quando entram em conflito com o núcleo essencial desses direitos.

É na própria CRP, bem como na CE, que se encontram fundamentos dos limites que os direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador podem comportar, não podendo o respectivo exercício fazer-se senão com respeito pelos direitos da outra parte da relação, em cuja organização produtiva imperam princípios de disciplina a existência de uma “*específica*” relação de trabalho entre a organização de tendência e o trabalhador cuja prestação se encontra ideologicamente determinada pela “*missão*” característica daquela, reconduzindo-se o desenvolvimento da prestação laboral por um trabalhador de tendência a uma exigência de colaboração, de lealdade e de boa fé<sup>988</sup> entendida com especial vigor.<sup>989</sup>

<sup>987</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in Revista de Relaciones Laborales, Tomo II, nº 12, 2004, págs. 142 e ss.

<sup>988</sup> E a boa fé, sendo um princípio geral, tem uma reflexão constitucional, que indubitavelmente “*modula o cumprimento recíproco entre o empregador e trabalhador, (...) sendo um elemento de ponderação ou proporcionalidade entre os direitos e liberdades constitucionais do trabalhador e as respectivas obrigações que advém do contrato de trabalho (...)*”; CASAS BAAMONDE, M. E.: *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in Revista de Relaciones Laborales, Tomo II, nº 12, 2004, pág. 148.

Ora, as características do Direito do Trabalho permitem-nos estabelecer um paralelismo constitucional perante as leis laborais e desta forma, o dever de lealdade é relacionado com todos os direitos fundamentais possíveis no contrato de trabalho conforme o que trata cada uma das Constituições de cada país em análise, porém, e sendo que a boa fé é a instituição central da relação de trabalho, à doutrina constitucional ibérica tem sido “*difícil conciliar*”<sup>990</sup> o dever de lealdade com a Constituição.

Em Portugal os direitos fundamentais dos trabalhadores pautam-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana e pela proporcionalidade, assegurados que estão pela Lei Constitucional, e são determinantes porque permitem a interpretação ajustada ao caso concreto, de tal forma que a relevância jurídica se projecta no Direito do Trabalho e em especial através do contrato de trabalho.

O trabalhador não pode ser obrigado a suportar violações na sua dignidade, e perante um qualquer abuso por parte do empregador, este incorre na prática de um abuso de direito.

A boa fé objectiva é um princípio oriundo de normas constitucionais, actuando em todas as variáveis das relações laborais, e subjacente no direito pré-constitucional, sendo que este princípio era aplicado de forma tímida, principalmente em razão da vinculação dos tribunais e doutrinadores à tradição positivista, a qual visualizava a boa fé tão somente na sua vertente subjectiva.

A confiança, por sua vez, ainda que não positivada, é matriz de princípio reconhecido e adoptado pelos ordenamentos ibéricos, ainda que actue de forma positiva por intermédio da boa fé, e há normas pelas quais se consagra o princípio da confiança independentemente da sua vinculação estrita com a boa fé objectiva.

Entretanto, e na maioria das vezes, o princípio da confiança actua como factor de mediação entre a boa fé e os institutos considerados, tais como a interpretação e integração dos negócios jurídicos, abuso de direito e criação dos deveres contratuais acessórios, importando nesses casos como factor de materialidade e aferição da correcção e lealdade da conduta, seja pelo empregador, seja pelo trabalhador.

Presume-se assim, que os princípios da boa fé objectiva e da confiança, simultaneamente com outros que conferem uma determinada ética às relações jurídico-

---

<sup>989</sup> COIMBRA, DIAS A.: “*Empresas*” de tendência e trabalho dependente, Revista de Direito e Estudos Sociais, ns. 1 / 2, Jan-Jun, 1989 pág. 223.

<sup>990</sup> GUANTER REY, DEL S.: *Derechos Fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 1995, pág. 209.

laborais, como a demanda pelo equilíbrio e a justiça contratuais, e que são de vital importância para a realização dos objectivos do contrato de trabalho.

Parece-nos pacífico que os princípios tornam a ciência jurídica muito mais complexa do que os positivistas imaginavam e os casos de aplicação do direito muito mais difíceis do que eles aparecem nos livros tradicionais de teoria do direito, sendo que tornam a aplicação das regras, também, muito mais problemáticas, e nesse sentido, merecem menção os casos de “*ilícitos atípicos*” que foram, ainda que recentemente objecto de um importante estudo da doutrina espanhola, para quem os “*ilícitos atípicos*”<sup>991</sup>, são condutas que, apesar de se conformarem às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico e não apresentarem problemas do ponto de vista formal, “*são contrárias a um princípio*”, e tal como o abuso de direito<sup>992</sup> ou a fraude à lei estão necessariamente em conformidade com o teor literal de uma regra jurídica, mas devem ser invalidados porque um princípio superior, que normalmente está também positivado na Constituição, embora o seu conteúdo só possa ser determinado por meio de um discurso prático de justificação -, é suficientemente relevante para fundamentar uma nova regra acessória, que exclui um determinado conjunto de situações contextuais da moldura genérica de uma norma jurídica.

Do artigo 58 da CRP, da alínea f), do número 1, do artigo 128, e dos artigos 136 e 137 do CTP ressalta que a liberdade de trabalho é um dos direitos fundamentais do cidadão em geral, que só pode ser restringido nas circunstâncias e condições que se acham legalmente consagradas naquelas ou noutras disposições normativas, referindo-se todas elas, no que toca à proibição de concorrência, ao trabalhador individualmente considerado e não ao seu universo familiar ou afectivamente mais próximo.

A doutrina defende que a obrigação de se respeitar os direitos fundamentais nas relações entre indivíduos procede directamente da Constituição, e dessa forma as normas de direito fundamentais presentes, impõem condutas tanto em relação aos poderes públicos,

---

<sup>991</sup> ATIENZA, MANUEL, y RUÍZ MANERO, J: *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pág. 27.

<sup>992</sup> ATIENZA, MANUEL, y RUÍZ MANERO, J: *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, págs. 32-35; analisam o abuso de direito, como a possibilidade de que em casos específicos a permissão contida numa regra jurídica seja vedada por decorrência da preponderância de um princípio, e segundo estes, o núcleo fundamental da problemática do abuso de direito consiste no uso de permissões legais pelo titular do direito pode, em certas situações, não previstas pela regra jurídica, estar fora dos limites dos princípios que justificam essas mesmas permissões, não obstante se use um direito subjectivo, este pode causar dano a interesse protegido por um princípio de maior grau, limitador, no caso, da autonomia de seu exercício.

quanto aos particulares, sem a necessidade da intermediação do legislador ordinário, e a maior parte da doutrina tanto portuguesa quanto espanhola adoptam esse posicionamento.

A teoria dos deveres de protecção, despontada na Alemanha, sustenta que, apesar dos direitos fundamentais se aplicarem directamente somente em relação ao Estado, esse, ao editar normas e realizar a prestação jurisdicional deve não somente adoptar uma postura negativa, no sentido de não violar esses direitos, como também de protegê-los de ameaças decorrentes dos particulares.

O contrato de trabalho consubstancia uma relação jurídica privada em que é ainda mais necessária a aplicação directa e imediata dos direitos fundamentais, ante a desigualdade de facto entre o trabalhador e o empregador, pois pela sua natureza envolve o conflito entre a autonomia privada representada pelo direito de propriedade do empregador e o direito fundamental dos trabalhadores à liberdade de expressão e opinião, à integridade física e moral, à reserva da intimidade da vida privada, à protecção de dados pessoais e à confidencialidade de mensagens e do acesso a informação, entre outros.

A reciprocidade que temos vindo a referir deve nestas situações enunciadas, ser bem ponderada de forma que exista uma resolução efectiva para cada caso, e daí que a aplicação dos direitos fundamentais mereça uma análise desafiante.

Na CRP a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi prevista pela constituinte, inclinando-se a corrente dominante ao acolhimento da vinculação directa dos particulares aos direitos fundamentais<sup>993</sup>, sendo importante realçar que os adeptos<sup>994</sup> dessa teoria não negam a existência de especificidades na ocorrência dos direitos fundamentais, nem a necessidade de apreciar em confronto a relevância do direito fundamental da autonomia privada dos particulares envolvidos em caso concreto.

Em Portugal, as teses doutrinárias que defendem a eficácia directa e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados são sustentadas designadamente por vários autores<sup>995</sup>, com interpretações diversas do artigo 18 da CRP, através de um sistema de valores aos quais o empregador tem que se subjugar, pois o que está em causa é a dignidade humana.

<sup>993</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 1992, págs. 602-612.

<sup>994</sup> PRATA, A.: *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 137.

<sup>995</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 147; ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, pág. 94, e *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, págs. 223 ss., do mesmo autor; PRATA, A.: *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1982, pág. 137.

Contudo e sem prejuízo da doutrina apontar no sentido de uma ausência prática de confrontos entre outras teorias, havendo autores que proclamam uma mera aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais através de mecanismos próprios do direito do privado<sup>996</sup>, verifica-se na prática uma indiferença conceptual sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações laborais<sup>997</sup>, ou seja a previsibilidade é expressa no vínculo do empregador e trabalhador quanto aos direitos, liberdades e garantias no preceito constitucional, o que torna qualquer teoria incontornável, que determina que estes mesmos direitos impõem-se a toda a ordem jurídica, privada no caso em apreço, mas também na pública, obrigando a sociedade civil e o Estado.<sup>998</sup>

Introduzimos a questão de que até que ponto podem estes direitos ser invocados no conteúdo de vínculos de natureza privada e entre sujeitos privados, e recordemos a subjectividade que originalmente esta subjacente às prerrogativas do cidadão ao Estado; constitucionalistas portugueses sustentam que as normas constitucionais obrigam as entidades privadas, porém, outros referem que as normas constitucionais só obrigam quando se verifica quando existe uma eficácia directa e imediata dos direitos fundamentais nos vínculos privado se no caso do contrato de trabalho será, uma relação de poder directivo e disciplinar, e o trabalhador pode invocar o direito fundamental contra o empregador, mas não o inverso.

A doutrina portuguesa assume uma posição mais limitativa, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais não é objectiva carece da mediação dos princípios gerais como a boa fé, e estabelecem as diferenças entre os direitos fundamentais com um vínculo laboral e direitos fundamentais enquanto cidadãos, aí estão enfatizados os direitos de personalidade previstos no CTP, ou ainda que o vínculo laboral reveste uma natureza preceptiva, conforme estipulado na alínea a), do número 1, do artigo 59 da CRP, e como tal pode ser directamente invocada, concluindo, existirá eficácia civil dos direitos fundamentais no domínio do contrato de trabalho, pois no vínculo laboral estão englobados o elemento de poder de direcção e o elemento de pessoalidade.

<sup>996</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 191; LAMEGO, J.: *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985, pág. 102.

<sup>997</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, pág. 94, e *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, págs. 227-229.

<sup>998</sup> Na senda do TEDH, e que refere a certo passo, que: “A vida privada é um termo amplo e insusceptível de uma definição exaustiva” – cfr. acórdãos do TEDH, de 17/03/2003, caso Perry contra o Reino Unido, e de 20/12/2005, caso de Wisse contra a França –, sendo certo que “existe uma zona de interacção entre o indivíduo e terceiros que, mesmo num contexto público, pode relevar na vida privada” –, cfr. Acórdão do TEDH, de 24/06/2004, Carolina do Mónaco contra a Alemanha.

O contrato de trabalho, mesmo compreendendo uma relação entre particulares, não se estabelece entre indivíduos iguais e com plena autonomia, pois encontramos uma relação jurídica vertical, desigual e de dependência, na qual uma das partes detém uma posição superior em que reside o poder de direcção do empregador e, no decurso de tal posição, o trabalhador tem sua liberdade e poder de autodeterminação limitada.

Actualmente, cada vez é mais frequente na jurisprudência o debate em torno da eficácia dos direitos fundamentais não directamente laborais no contrato de trabalho. Perante o princípio da unidade constitucional e da necessidade de harmonização prática dos valores constitucionalmente tutelados, os direitos fundamentais são relativos e limitados, no entanto, é comprovada a sua eficácia no contrato de trabalho, e temos que analisar com que limites se condicionam os direitos e deveres, ou seja, devemos investigar com que limites se opera a incidência dos direitos fundamentais dentro do contrato de trabalho.

Ainda que subsista a subordinação jurídica do trabalhador, não implica que ele tenha de se sujeitar a qualquer tipo de ordem do empregador, por exemplo fora do local de trabalho não existe vínculo de subordinação, a rigidez do poder directivo atenua-se quando aumenta a intelectualidade da prestação laboral.

O trabalhador pode recusar-se a cumprir uma ordem quando tal ordem possa trazer grave perigo, ou for manifestamente ilegal, de difícil execução ou imposição, ou ainda alheia aos serviços para os quais estão estabelecidos no contrato de trabalho, ou seja, os limites do poder direcção são demarcados pela licitude da ordem, pelos termos do contrato de trabalho e pela sensatez, o que inquestionavelmente nos transpõe para a boa fé contratual e o dever de lealdade.

A violação do disposto nos números 1 a 7, do artigo 35 da CRP, por se prever a criação em cada empresa de um verdadeiro banco de dados com informações sobre o estado global de saúde de cada trabalhador, resulta que o médico de medicina do trabalho deve inserir-se "*serviços internos da própria empresa ou em organismo por ela contratado*", e tal situação de violação da CRP ocorre mesmo quando não exista tratamento informático dos ficheiros, tendo em vista a protecção concedida aos dados pessoais constantes dos ficheiros manuais pelo número 7 do referido artigo da CRP.

Mas já estará em causa, neste aspecto, o direito à protecção de dados pessoais, contido no artigo 17 do CTP, o qual estipula, no seu número 4, que "*os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a*



*emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais”.*

O CTP, dispõe no artigo 17, sob a epígrafe “*Protecção de dados pessoais*”, e é nosso entendimento que o segundo parte do número 2, do artigo 17 do CTP, entenda-se que perante a análise do preceituado, que o estipulado na CRP, viola o princípio da proibição do excesso “*na medida em que permite o acesso directo do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador*”, bem como, na alínea b), do número 1, também existe uma violação do mesmo princípio porquanto, na sua apreciação, determina um requisito da prestação de informações sobre os dados pessoais sempre que “*particulares exigências inerentes à actividade profissional o justifiquem*”, e é o que se subtrai da formalidade legislativa

Como resultado da confrontação do número 2, do artigo 17, com o número 1, do artigo 19 do CTP, essa expressão colhe uma realidade diversa da relacionada com a finalidade de “*protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros*”, que nos parece de indubitável relevância constitucional, e como tal, que o carácter impreciso e incerto da expressão “*quando particulares exigências inerentes à actividade profissional o justifiquem*” permite ingerências na intimidade da vida privada do trabalhador ou do candidato ao emprego baseadas, a par de outros hipotéticos fundamentos constitucionalmente relevantes, em motivos não constitucionalmente aceitáveis.

Quando um contrato de trabalho se vê cotejado com a utilização de novas tecnologias e com o tratamento de dados pessoais do trabalhador, os limites da subordinação jurídica têm que ser ajustados com as exigências legais concernentes ao regime de protecção de dados, com particular ocorrência, designadamente, para os princípios da clareza, do direito de informação e acesso, boa fé e lealdade, adequação e pertinência e, porque não, com o direito de oposição consignado na alínea a), do artigo 12 da Lei 67 de 26 de Outubro de 1998.<sup>999</sup>

Porém, as restrições aos direitos fundamentais só são legítimas se visarem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e por exemplo, ao não permitir o respeito por esta circunstância, a norma em causa, independentemente da intermediação de um médico -, viola o número 2, do artigo 18 da CRP, apesar de que o que pode ser irrelevante é o requisito da provisão por escrito da fundamentação da exigência de

<sup>999</sup> “*Os direitos e liberdades de terceira geração apresentam-se como resposta ao fenómeno da denominada “contaminação de liberdades” (liberties' pollution), termo com que alguns sectores da teoria social anglo-saxónica aludem à erosão e degradação dos direitos fundamentais perante determinadas utilizações das novas tecnologias*”, in LUÑO PÉREZ, A. E.: *Tutela de la Libertad Informática*, in Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales, Madrid, 1996, pág. 97.

prestação de informações, pois a determinabilidade dos motivos atinentes às restrições aos direitos fundamentais tem de constar na própria lei restritiva, não podendo ser afastada para a fundamentação dos actos concretos agressores da privacidade da vida do trabalhador: “A exigência de fundamentação destes actos só poderá servir para facilitar o controlo da sua subsunção a algum dos motivos legitimadores das restrições, que devem constar, com precisão, da própria lei”.<sup>1000</sup>

O número 4, do artigo 17 do CTP, à semelhança de muitas outras disposições do CTP, remete para legislação especial, abstendo-se assim de regulamentar a matéria, e muito embora nem todas as remissões constantes do CTP encontrem justificação<sup>1001</sup>, parece-nos que neste caso a remissão se justifica, dado a necessidade de tratamento unitário e pormenorizado da matéria em causa, mas se a técnica remissiva não provoca particulares perplexidades, o mesmo não se poderá dizer do âmbito da remissão, já que este preceito transporta por objecto apenas os “*ficheiros e acessos informáticos*” excluindo injustificadamente os ficheiros manuais, sobretudo quando, nos termos do número 7, do artigo 35 da CRP, os dados pessoais constantes de ficheiros manuais devam gozar de igual protecção aos dados pessoais constantes de ficheiros informatizados, sendo que o número 5, do referido artigo 17 do CTP, estatui que os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador encontram-se sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

Os requisitos que o artigo 17 coloca como condição da obrigação de prestar as informações em causa, e referimo-nos na circunstância à necessidade de fundamentar, por escrito, a sua exigência, sendo tal fundamentação passível de controlo judicial, em caso de litígio –, e a aplicabilidade expressamente prevista no número 4, do artigo 17 do regime de protecção de dados pessoais para o tratamento dos dados fornecidos ao empregador garantem, por um lado, a adequação da exigência e, por outro, a protecção dos interesses do candidato ao emprego ou do trabalhador; é que segundo o disposto no número 1, do artigo 17 da Lei 67/98, de 26 de Outubro<sup>1002</sup>, o empregador fica sujeito “*a sigilo profissional*” quanto aos dados pessoais que forem tratados, quer automatizadamente, quer manualmente, como resulta do

<sup>1000</sup> Acórdão do TCP sob o nº 306/03, publicado no Diário da República, I Série – A, nº 164, de 18 de Julho de 2003.

<sup>1001</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado do Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 41.

<sup>1002</sup> Lei nº 67/98 de 26 de Outubro, (Lei da Protecção de Dados Pessoais), transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva nº 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

número 1, do artigo 4, da mesma Lei, sendo que a sua violação impregna um dever de deslealdade consumada.

A legislação aprovada no regime jurídico português e que transpõe para o direito interno as directivas comunitárias 95/46/CE e 97/66/CE, traduz numa maior protecção dos dados pessoais, por isso num reforço dos direitos e garantias dos cidadãos e consequentemente dos trabalhadores, de acordo com as alterações introduzidas no artigo 35 da CRP na última revisão constitucional que foi produzida pela quarta revisão constitucional<sup>1003</sup> (Lei Constitucional nº 1/1997, de 20 de Setembro), da qual resulta o actual texto do artigo, do qual podemos concluir que existe uma exigência de que os seus dados sejam recolhidos de forma lícita e leal, bem como os dados pessoais do trabalhador não sejam comunicados a terceiros sem o seu conhecimento e consentimento do próprio, e ainda o de impedir que os seus dados pessoais sejam utilizados para finalidade incompatível com aquela que determinou a recolha.

Os dados de saúde devem obedecer a um tratamento que garanta o cumprimento do princípio da lealdade e no preceituado também deve prestar-se em particular atenção ao direito de informação, como se alude no artigo 106 do CTP, e assegurar a separação lógica entre os dados referentes à saúde e os demais dados pessoais, ainda de que devem ser adoptadas medidas de segurança que impeçam o acesso à informação a pessoas não autorizadas. No caso da informação de saúde deverá ser de acesso restrito aos médicos do trabalho ou, sob a sua direcção e controlo, a outros profissionais de saúde obrigados a segredo profissional.

O consentimento do trabalhador para o tratamento dos seus dados pessoais é um consentimento qualificado, livre, específico e informado, cfr. alínea h), do artigo 3 da Lei de Protecção de Dados (LPD), e tem de ser expresso cfr. número 2, do artigo 7 da LPD, e este consentimento livre significa que está afastada qualquer forma de coacção ou limitação ao exercício da vontade, pelo que o consentimento específico deve significar que o consentimento se refere a uma contextualização factual concreta, a uma actualidade precisa e demarcada e a uma operação determinada, sendo o mais individualizado possível.

O consentimento específico afasta os casos de consentimento preventivo e generalizado, prestado de modo a cobrir uma pluralidade de operações, e por outro lado o consentimento dado pelo empregador dos dados tem de ser ainda informado, sendo a informação efectivamente prestada pelos responsáveis pelo tratamento aos titulares dos dados,

---

<sup>1003</sup> Em conformidade com o Artigo 18 da Lei Constitucional número 1/97 de 20 de Setembro (quarta revisão constitucional).

no momento da obtenção do consentimento, a medida da transparência, da boa fé e da lealdade desses responsáveis.

A prestação de informação por parte do responsável do tratamento ao titular dos dados é um direito essencial no regime de protecção de dados, com consagração constitucional, para além de que o direito de informação é corolário dos princípios da boa fé e da lealdade, pelo que ao titular dos dados, e no caso do trabalhador, deve antes do mais, ser garantido o cumprimento do artigo 10 da LPD e de outros elementos relevantes para a formação da vontade do próprio interessado.

O trabalhador tem o direito de ser informado, de forma clara e transparente, da identificação da entidade que os vai tratar, da finalidade a que se destinam, a que terceiros podem ser eventualmente comunicados, quais os dados que devem obrigatoriamente ser recolhidos, quais os facultativos e de que forma pode vir a exercer os direitos de acesso e rectificação ou eliminação relativamente aos elementos fornecidos.

E como o dever de lealdade respeita ao próprio comportamento assumido pela entidade empregadora e sendo que a lealdade tem uma componente negativa, que se consubstancia num dever de abstenção de um comportamento que possa falsear a finalidade e condições de determinado tratamento automatizado, e uma componente positiva que se traduz num dever de actuação que contribua para a clara e justa percepção do particular, deverá ser equacionada a factualidade aquando da disponibilização a terceiros dos dados pessoais ou quando terceiros têm acesso a esses mesmos dados.

Tanto a legislação portuguesa quanto a legislação espanhola utilizam a expressão da protecção dados pessoais para se referir à protecção jurídica das pessoas no que concerne não só ao tratamento informatizado como também aos dados constantes de ficheiros manuais, sobre os dados pessoais do trabalhador, e porque o que está em causa é não só a protecção do trabalhador da manipulação não autorizada dos seus dados pessoais, bem como os dados pessoais não devem confundir-se com os resultados que possam comprometer a esfera mais íntima do trabalhador, e ainda por fim não devem supor um consentimento que o trabalhador não autorizou, ou seja, a revelação de dados pessoais não autorizados pelo trabalhador envolve uma deslealdade da entidade empregadora, ou dos seus subordinados hierárquicos, o que subsequentemente se traduz numa violação dos seus direitos fundamentais.

A jurisprudência constitucional portuguesa<sup>1004</sup>, e não deixa de ter importância ainda que relativa a transcrição parcial deste acórdão, não é determinante para uma apreciação genérica do conceito de lealdade na perspectiva absoluta enquanto direito fundamental, possivelmente, diremos, porque jurisprudencialmente são dirimidas nos Tribunais inferiores.

O dever de lealdade no exercício do contrato de trabalho tem uma influência nos direitos fundamentais que se reflecte na situação específica portuguesa, e sobretudo porque o tecido empresarial apresenta uma situação específica, que é o facto de serem preponderantes as pequenas empresas, e de facto perante o artigo 53 da CRP, o que é caracterizador de uma certa funcionalidade e pessoalização das relações laborais entre empregador e trabalhador, porque de facto quanto mais pequena é uma empresa, mais evidente se congrega a confiança e consequentemente o dever de lealdade do trabalhador, o que evidentemente se traduz num maior grau de exigência por parte do empregador.

O contrato de trabalho impõe uma ordem de actuação com os direitos fundamentais, e tendo subjacente os requisitos necessários ao vínculo laboral torna-o inevitavelmente um conjunto de deveres e limitações à própria liberdade do trabalhador<sup>1005</sup>, e apesar de uma atitude de salvaguarda da liberdade civil do trabalhador, tendem-se muitas vezes a ser contrabalançados por certas concepções fiduciárias<sup>1006</sup> do vínculo laboral, por teses comunitário-pessoais da empresa, que, sob a premissa de um interesse superior e comum a ambas as partes da relação, admitem especiais limitações a essa liberdade, porém o trabalhador deixou de ser considerado exclusivamente como um sujeito que, por meio de um contrato de trabalho, coloca à disposição do empregador a sua força de trabalho, mas, com tal ocorrência, há uma mudança no foco de protecção, passando-se a proteger também o

<sup>1004</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010 Processo n.º 175/09, “(...) considera típica dos ‘cargos de direcção ou de confiança’: ‘a obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador’. Não necessita este Tribunal de dirimir a questão de saber se o carácter fiduciário (e, portanto, a diferente ponderação em que a fidelidade pessoal e adequação funcional objectiva determinam o conteúdo dos deveres do prestador de serviços) implica a constituição de um tipo contratual distinto do contrato de trabalho. Bastará ao Tribunal reconhecer que, nestes casos, há fundamento material para um regime de cessação do contrato, restrito ao contrato ou acordo de comissão de serviço, que o fará terminar com a cessação da relação de confiança considerada essencial. Nestes casos, a quebra de relação fiduciária torna absolutamente impossível o serviço comissionado, como se de impossibilidade objectiva se tratasse, não tendo sentido falar -se de derrogação de normas inderrogáveis a este propósito. Assim se conclui que, para todas estas hipóteses, não vale o princípio de segurança do emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição. Daí o juízo de que a norma questionada não está afectada de inconstitucionalidade material. (...) O Tribunal concluiu, pois, que nestes casos “não vale o princípio de segurança do emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição”, por a situação não caber no âmbito de aplicação da norma”.

<sup>1005</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 105-106.

<sup>1006</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 106.

trabalhador-cidadão, reconhecendo-lhe todos os direitos inerentes aos demais cidadãos previstos na CRP, promovendo a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma relação laboral.

A necessidade da criação de soluções distintas para harmonizar a tutela de tais direitos com a protecção da autonomia privada evidencia-se pois e apesar dos direitos fundamentais atingiram os particulares, e no caso o trabalhador, a desigualdade das partes na relação laboral é uma clareza que não podemos desconsiderar, tal a intensidade da eficácia de tais direitos.<sup>1007</sup>

E de tal forma que: *“A eficácia directa dos direitos fundamentais visa assegurar o respeito ao núcleo desses direitos, sendo que não é relevante na sujeição do trabalhador ao mesmo regime de sujeição aos direitos fundamentais que seja válido para o poder público (...)”*, infere-se assim que a reflexão de interesses nas relações privadas cria uma certa desproporcionalidade, porém *“quanto maior for esse desequilíbrio mais intensa será a eficácia dos direitos fundamentais”*<sup>1008</sup> nas relações laborais entre trabalhador e empregador.

A importância dos direitos fundamentais no âmbito das relações laborais caracteriza-se, sobretudo, por uma atenção crescente à chamada cidadania na empresa<sup>1009</sup>, ou seja, aos direitos fundamentais, não só os especificamente laborais, mas também aos direitos do trabalhador enquanto cidadão.

Basicamente o trabalhador e empregador devem um dever de lealdade recíproco, respeitando os direitos e deveres individuais e colectivos, porque enquanto cidadão, é através de uma relação jurídica-laboral que o trabalhador tem direitos de índole laboral, ou seja são direitos de *“cidadão-trabalhador”* que os exerce enquanto *“trabalhador-cidadão”*<sup>1010</sup>, e o empregador assume essa bilateralidade enquanto sujeito de deveres e direitos.

A tutela dos direitos fundamentais no contrato de trabalho envolve o trabalhador num vínculo laboral que pode decorrer de três factores: por uma lado a indeterminação da actividade laboral em todas as fases do contrato de trabalho, por outro lado o binómio da actividade laboral em relação à pessoa do trabalhador que torna a prestação de trabalho um

<sup>1007</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 1992, pág. 210.

<sup>1008</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1990, págs. 94-113.

<sup>1009</sup> O conceito de cidadania empresarial é a *“contribuição que uma empresa dá à sociedade através das suas principais actividades comerciais, do seu investimento social e de programas filantrópicos, e ao seu compromisso com as políticas públicas. O modo como uma empresa gere as suas relações económicas, sociais e ambientais, e o modo como se compromete com os seus parceiros (tais como accionistas, patrões, clientes, parceiros de negócio, governos e comunidades), tem impacto no sucesso da empresa a longo prazo”*.

<sup>1010</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 19ª Ed., Cevitas, Madrid, 2001, pág. 128.

bem jurídico que advém do próprio contrato, e a componente organizacional do próprio contrato de trabalho.<sup>1011</sup>

No que se refere à aplicação dos direitos fundamentais, devem estes ser utilizados de forma irrestrita às relações privadas que contenham um elemento de poder<sup>1012</sup>, e daí que o contrato de trabalho contenha claramente o elemento de poder elencado que está pelo poder de direcção e de disciplina do empregador e obviamente pela subordinação jurídica do trabalhador, que justifica a referida actuação irrestrita dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. O facto de um trabalhador assinar um contrato de trabalho jamais lhe pode ser retirada a condição de cidadão, pois as condições enquanto ser humano são indissolúveis, pelo que numa estrutura empresarial manterá os mesmos direitos enquanto cidadão.

A doutrina é unânime em reconhecer que a relação entre o contrato de trabalho e os direitos fundamentais implica que o trabalhador é totalmente livre na sua esfera de direitos que não colidam com a execução do seu contrato, havendo contudo uma limitação desses direitos pelo empregador na medida que se julgue estritamente necessária, recorrendo sempre que necessário, a regras sobre conflitos de direitos, ou seja, “à *ponderação de todos os interesses em presença*”.<sup>1013</sup>

Neste sentido os direitos fundamentais de incidência laboral podem ser directamente invocados no vínculo de trabalho desde que revistam natureza preceptiva como nos é proclamado pela alínea a), do número 1, do artigo 59 da CRP, e não de natureza programática, ou seja, a norma não se aplica directamente ao trabalhador, pois têm que invocar a inconstitucionalidade por omissão ao Estado, e não contra particulares, e no caso concreto contra o empregador.

O trabalhador “*contrata a alienação da sua liberdade, mas a sua liberdade tem limites*”<sup>1014</sup>, ou seja o poder de direcção do empregador tem como valor intransponível o conteúdo essencial de quaisquer dos direitos fundamentais do trabalhador; “*(...) o empregador só poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido (legal, convencional ou contratualmente) e/ou se houver subjacentes à sua actuação interesses que, no caso concreto, se mostrem merecedores de uma tutela superior à daquela*

<sup>1011</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Contrato de Trabalho e os Direitos Fundamentais da Pessoa*, in “Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço” Almedina, Coimbra, 2004, pág. 394.

<sup>1012</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora, 1993, pág. 147.

<sup>1013</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 211.

<sup>1014</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, págs. 196-197.

*liberdade", e é evidente que daqui resulta porque, "(...) o trabalhador deve lealdade ao contrato, mas só a este, exactamente nos mesmos termos em que também o empregador a deve. De resto, na empresa ele continua a ser cidadão de corpo inteiro, mantendo, em princípio, os direitos de que todos os outros cidadãos são titulares".*<sup>1015</sup>

A autonomia privada permite ao trabalhador invocar a toda a hora os seus direitos, bem como, perante qualquer restrição imposta por força do contrato de trabalho, ser-lhe-á sempre salvaguardada através do seu conteúdo essencial.

Na CE, não existe especificamente menção alguma ao termo "*lealdade*", em relação aos direitos fundamentais destinados nas relações laborais, mesmo assim, é possível relacionar os direitos fundamentais existentes num contrato de trabalho com o dever de lealdade, de modo implícito a este dever.

Percepciona-se que o dever de lealdade é um dever instituído na CE, tendo como objectivo essencial e prioritário a prossecução do princípio da boa fé, de forma a complementar e tornar mais fácil o tratamento da lealdade institucional com as relações laborais, e aqui entenda-se, ao serviço dos cidadãos, e a CE contempla a assertividade constitucional do dever de lealdade no que concerne aos direitos fundamentais na relação laboral.<sup>1016</sup>

Opinamos que o destinatário principal do princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação no contexto da relação laboral é o empregador, na medida em que é ele que, titularizando o poder de direcção e como consequência, o poder disciplinar, toma a maioria das decisões com possibilidade de afectar quem trabalha e aquele que procura o próprio trabalho justificando, por conseguinte, a preocupação do legislador em garantir a aplicação da proibição do tratamento discriminatório relativamente a determinadas condições de trabalho.

---

<sup>1015</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 201.

<sup>1016</sup> "É doutrina reiterada do Tribunal Constitucional Espanhol que a celebração de um contrato de trabalho não deve supor prejuízo algum para os direitos fundamentais próprios de todo o cidadão (intimidade, liberdade ideológica, liberdade de expressão, igualdade e não discriminação, etc.) O âmbito laboral supõe, não obstante, que a aplicação do exercício efectivo desses direitos pode experimentar alguma modulação, ou apresentar matrizes especiais, pela incidência de determinadas regras ou circunstâncias: as obrigações próprias do contrato de trabalho (como a lealdade e a boa fé), o reconhecimento de certos poderes e faculdades em favor do empresário (direcção, controle do trabalho, etc.), ou a possível concorrência com outros direitos ou interesses também dignos de tutela (honra das pessoas, ideais empresariais, boa imagem, etc.)". cfr. GARCÍA MURCIA, J.: in: *Contratos de Trabajo y Derechos Fundamentales: una miscelánea de casos recientes*, Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 2, Abr/Jun 2001. (Pesquisa e consulta efectuada na UCL).



É evidente, todavia, que o princípio da igualdade e da não discriminação não é absoluto, e por conseguinte, não impõe ao empregador uma obrigação de igualdade absoluta no tratamento, mas apenas impede que se dispense o trabalhador nas mesmas condições tratamento diferente devido a factores como a raça, a orientação sexual, religião, convicções ideológicas, etc., bem como aqueles que possam trazer para o trabalhador situações vexatórias ou causar lesão de direitos.

Admite-se pois tratamento diferenciado desde que se sustente em motivos razoáveis e justificados, como no exercício das faculdades empresariais de organização e direcção do trabalho ou das necessidades de gestão ou organização da empresa.<sup>1017</sup>

Assim, quando a desigualdade procede de uma justificação objectiva e razoável não constitui discriminação, todavia, a existência da justificação suficiente deve ser apreciada em cada caso concreto tomando-se como parâmetro o princípio da proporcionalidade, ou seja, deve-se levar em conta a finalidade e os efeitos da medida considerada devendo ser considerada legítima quando existe uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida.

Nessa perspectiva, o princípio da igualdade no âmbito da relação do contrato de trabalho, nos termos da doutrina estudada, tem um alcance bastante mitigado, na medida em que impede abusos do empregador e da sua posição, porém exclui apenas a desigualdade de tratamento “*especialmente perversa*”, por ser expressão de uma liberdade caprichosa e inexplicável, dado o seu “*carácter irracional e aberrante*” na linha de valoração ética que rechaça o “*insuportavelmente injusto*”.<sup>1018</sup>

Todavia, os direitos fundamentais por serem uma projecção da dignidade humana do trabalhador, constituem barreiras e limites ao poder disciplinar, da direcção do empregador que não pode atingi-los de forma desproporcionada, sob pena de manifesta agressão não apenas à Constituição, mas também de constituir séria violação aos compromissos internacionais assumidos pelos Governos ibéricos, cujos regimes democráticos declarados no preâmbulo das suas Constituições, proclamam o respeito aos direitos humanos fundamentais como princípio primordial.

O dever de lealdade na doutrina espanhola e na matéria relevante para o contrato de trabalho, tem um envolvimento colaboracionista, ou seja reproduz-se através de conceitos de boa fé recíproca entre trabalhador e empregador. Hoje em dia o envolvimento do cidadão

<sup>1017</sup>. RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *La igualdad en los tratamientos laborales y su irrelevancia constitucional*, in Revista Relaciones Laborales, Madrid, nº 22, Año 14, 2003, pág. 10 e ss.

<sup>1018</sup> *Ibidem*.

através o contrato de trabalho não significa por si só uma atitude de boa fé e de lealdade absoluta<sup>1019</sup>, pois existem zonas perfeitamente demarcadas no dia a dia do trabalhador, entre a vida privada e vida pessoal, ou seja, cabe ao trabalhador cumprir o estritamente necessário aos preceitos do vínculo laboral, e o facto da boa fé estar intrinsecamente interligada com o dever de lealdade é determinante para que o trabalhador não se exceda nos direitos constitucionalmente previstos desvirtuando o que voluntariamente<sup>1020</sup> assumiu através do contrato de trabalho.

É uma realidade que o Direito do Trabalho espanhol reconhece os direitos laborais inespecíficos, ou seja, os *“outros direitos constitucionais de carácter geral e por isso não especificamente laborais que podem ser exercidos, contudo, pelos sujeitos das relações laborais, em particular pelos trabalhadores e no âmbito das mesmas”*.<sup>1021</sup>

Os direitos fundamentais e enquanto tais, constituem uma condição objectiva enquanto necessidades genéricas que são derivadas de outros direitos<sup>1022</sup> ou seja, os direitos fundamentais devem ajustar-se à boa fé, pelo que um dever personalístico do trabalhador jamais pode estar inserido através de uma posição que possa superar as normas que determinam a boa fé, porque adulterado que pudesse estar esse direito, haveria uma limitação ao próprio direito.

A doutrina espanhola especifica sucintamente e de forma objectiva que se não existe lealdade nas relações jurídico-laborais estaremos perante um qualquer incumprimento e como tal desvirtua-se o exercício do próprio direito, nem fundamental, nem laboral, e logo estamos perante um exercício abusivo<sup>1023</sup> e de má fé, porque contrária à boa fé, e faltando este dever nuclear por exigência de um dever fundamental teremos o referido incumprimento da obrigação contratual. Não negamos a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito da estrutura empresarial, pois é ponto assente constitucionalmente, porém no caso espanhol, agora em apreço, é de realçar uma certa inaplicabilidade inicial dos direitos fundamentais dos

<sup>1019</sup> STC 120/1983: A jurisprudência constitucional espanhola faz uma referência ao conteúdo da boa fé, e no caso: *“(…) no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial, pues ello no se ajusta al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional”*.

<sup>1020</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, in *Revista de Derecho Social*, número 6, 1999, Ed. Bomarzo, Albacete, pág. 20.

<sup>1021</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C.: *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 27.

<sup>1022</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 353.

<sup>1023</sup> STC 192/2003, de 27 de Outubro, que aborda o tema da prestação de trabalho por parte do trabalhador para outro empregador durante as férias retribuídas, num claro exercício abusivo, violando a boa fé contratual,

trabalhadores nas relações trabalhador-empregador, tendo os tribunais assumido um posicionamento eficaz e célere.

É o caso da Sentença 186/2000 de 10 de Julho do TCE<sup>1024</sup>, em que ressalva que os equilíbrios e limitações recíprocas que se derivam para ambas as partes do contrato de trabalho supõem, que também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, ficando obrigado o empregador a respeitar o trabalhador.

O TCE tem feito algumas incursões no contrato de trabalho, referindo que o trabalhador ao vincular-se pela relação jurídico-laboral, não determinará a privação dos direitos constitucionais enquanto cidadão de plenos direitos, e não basta invocar o dever de lealdade por parte do trabalhador para que tal seja motivação de subordinação aos interesse emanados pelo empregador.

Porém, realça-se que pelo simples facto do trabalhador invocar um direito fundamental não pode significar uma justificação de cedência do empregador para alterações contratuais, ou mesmo o incumprimento dos deveres laborais que competem ao trabalhador, pois temos que acentuar que o trabalhador e empregador celebraram livremente um contrato de trabalho, e como tal estão obrigados ao cumprimento do mesmo, e sendo o trabalhador titular de um direito que está ao âmbito de direcção e organização em vigor na empresa.

Não olvidando que o contrato de trabalho jamais se pode considerar com um travão ao exercício dos direitos fundamentais do trabalhador enquanto cidadão, também não podemos descuidar que ao estar inserido numa estrutura organizacional, o trabalhador deve proceder de forma correcta para o desenvolvimento produtivo, e apesar dos direitos fundamentais que lhe assistem enquanto cidadão e previsto na CE, deve agir com boa fé e lealdade.

A confirmação da interligação dos direitos fundamentais e a boa fé está bem estabelecida pelo TCE tendo sido o pioneiro da demarcação do limite do dever de lealdade enquanto expressão do teor da boa fé e a condição essencial no exercício dos deveres fundamentais na sua dimensão laboral.<sup>1025</sup>

O que está inerente a esta interligação de compromisso de deveres fundamentais e boa fé, é a eficácia de colaboração recíproca entre trabalhador e empregador, e temos que acentuar

<sup>1024</sup> E que dispõe que: “ (...) o empresário não fica apoderado para levar a cabo, sob o pretexto das faculdades de vigilância e controle que lhe confere o artigo 20.3 ETE, intromissões ilegítimas na intimidade de seus empregados nos centros de trabalho”. Mais adiante, a referida decisão menciona que: “(...) a jurisprudência constitucional tem mantido, como não poderia ser de outro modo, que o exercício das faculdades organizativas e disciplinares do empregador não pode servir em nenhum caso para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador, nem à sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daquele”.

<sup>1025</sup> CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 339.

que o ETE determina a boa fé contratual com um carácter determinantemente objectivo no plano contratual e não o correlaciona com o dever de lealdade ou fidelidade pessoal do trabalhador enquanto cidadão, ou seja, o ETE dissociou a lealdade e fidelidade, porém a bilateralidade subjacente entre trabalhador e empregador persiste, e o TCE aplica-a.

O TCE tem assumido uma tutela dos direitos fundamentais do trabalhador e a doutrina emanada está a ser aplicada nos tribunais de trabalho, sendo propenso nos tribunais inferiores a defesa da posição jurídica do trabalhador caracterizada que é, habitualmente, pela parte mais fraca da relação laboral, sendo que esta vulnerabilidade se justifica pela natureza do próprio contrato de trabalho pois sendo um negócio jurídico, pode eventualmente incidir sobre os direitos da personalidade do trabalhador.

Ora o que nos apraz referir é que os direitos fundamentais dos trabalhadores espanhóis complementam o conteúdo do contrato de trabalho e têm uma interpretação e aplicabilidade nas normas laborais em particular nos princípios e cláusulas genéricas, mas também e sobretudo no princípio da boa fé contratual<sup>1026</sup>, bem assim como a doutrina espanhola reitera que os direitos fundamentais inespecíficos e implícitos no contrato de trabalho, não se confirmam, pelo contrário têm uma prevalência de actuação externa à própria estrutura organizacional, e este “*imenso pormenor*” tem uma consequência que é o facto de que o trabalhador tenha na relação uns direitos específicos e por outro lado tenha uns direitos enquanto cidadão.

A questão até agora colocada é que os direitos fundamentais do trabalhador são absorvidos pelo contrato de trabalho e são incluídos na denominada estrutura organizacional do empregador, incluindo o poder de direcção e o poder disciplinar -, e é aí que conceptualizamos a boa fé contratual ou o dever de lealdade, isto é, os deveres fundamentais do trabalhador ficam desta forma submetidos e influenciados pelos condicionalismos do próprio contrato de trabalho.

O que nos permite admitir em termos pré-conclusivos que estando determinado que sejam reconhecidos os direitos fundamentais aos trabalhadores, estes, e tais como qualquer cidadão perante uma relação jurídico-laboral está ante uma conceptualizada restrição.

E de facto, a jurisprudência constitucional tem vinculado no que diz respeito á boa fé contratual entre trabalhador e empregador, que qualquer outro dever acessório, e no caso concreto o dever de lealdade, limita o direito dos deveres fundamentais no contrato de

<sup>1026</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, ahora en Sempere-Navarro, A., (editor) *El modelo social en la Constitución Española*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 203.

trabalho, não olvidando que a boa fé está subjacente na relação laboral é de tal forma pertinente que os excessos resultantes da boa fé são colmatados perante os direitos constitucionais, e esta realidade resulta pelo facto da existência de um contrato de trabalho.

Foi a partir da sentença 120/1983 do TCE, que a doutrina sustenta que decorridos alguns anos, o princípio da boa fé contratual se mantém na jurisprudência constitucional, somente como um condicionalismo ou talvez, como limite adicional ao exercício da faculdade dos direitos fundamentais no núcleo das relações laborais, tendo como objectivo uma melhor flexibilização e legítima pertinência dos interesses do empregador.

A boa fé subjacente à relação jurídico-laboral é um limite inerente aos direitos fundamentais, ou seja, emerge do próprio conceito de boa fé que temos vindo a definir e a caracterizar, ou seja, um limite que emerge dos direitos fundamentais que lhe são subjectivos e que estão interligados à própria relação laboral o que deve, nem pode inferir-se a um espaço pessoal de direito porque se assim acontecesse não teríamos um direito fundamental porque jamais esse direito emergia do conceito de boa fé contratual.

Se estamos perante uma deslealdade, ou má fé na relação laboral, então estamos perante um incumprimento, e como tal perde-se o benefício do direito exigível, e como tal as consequências serão uma sanção, devido a uma desobrigação contratual, ou seja, e não há boa fé não há um direito fundamental e como tal não existindo esse corolário e como consequência existe má fé, e como tal uma violação do dever de lealdade nas relações laborais, logicamente que reconhecendo a boa fé como principio nuclear das relações laborais entre trabalhador e empregador, os direitos fundamentais nunca se podem limitar aos direitos constitucionais emergentes da CE, mas também e sobretudo dos bens constitucionais que se encontrem protegidos e reconhecidos pela própria CE, e obviamente pela “*própria protecção infraconstitucional, como a boa fé contratual*”.<sup>1027</sup>

Hoje em dia, a relação laboral, através do contrato de trabalho denota uma perfeita diferenciação de interesses entre trabalhador e empregador, e este grande “*pormenor*” determina que o contrato de trabalho, para além de delimitar o poder de subordinação e direcção do empregador, salvaguarda a desigualdade entre as partes e para além do sentido que rege o contrato existe uma regra que não está inerente a esta relação jurídica que é o dever de lealdade, porque para além da relação individual estabelecidas contratualmente, existe uma necessidade emergente desta relação que é a reciprocidade entre as partes, e por outro lado a

<sup>1027</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in Revista de Relaciones Laborales, nº 11, 2004, pág. 147.

questão do paralelismo existente do cidadão, enquanto trabalhador, e empresa, na perspectiva de empregador, tem aqui na actividade da jurisprudência constitucional, uma particular relevância na reconstrução teórico-jurídico<sup>1028</sup> do contrato de trabalho.

## ***2 . Dever de lealdade e protecção dos dados pessoais***

A subordinação jurídica quando confrontada com a utilização das novas tecnologias, conforme artigo 22 do CTP, e com o tratamento de dados pessoais do trabalhador plasmado no artigo 17 do CTP, deve ser adequada às exigências legais atinentes ao regime de protecção de dados, assumindo particular relevância, nomeadamente, os princípios da transparência, do direito de informação e acesso, boa fé, lealdade, adequação, pertinência e o direito de oposição.

A escolha dos meios de controlo, nos termos do artigo 17 do CTP, por parte do empregador, deve obedecer aos princípios da necessidade, suficiência, razoabilidade, da proporcionalidade e da boa fé, devendo o empregador comprovar que escolheu as formas de controlo que têm menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores.

As questões de segurança podem apresentar-se como um falso problema em relação aos fundamentos determinantes do controlo, uma vez que a entidade empregadora deve adoptar mecanismos de segurança que protejam o sistema da empresa.

Dever-se-á considerar que as liberdades individuais não podem sofrer inclinações perante as novas tecnologias, pelo contrário devem sim adaptar-se às exigências fundamentais do direito, pelo que as medidas de controlo, sejam baseadas nas novas tecnologias ou não, ter-se-ão que adaptar ao facto do trabalhador ser um cidadão e não um objecto, e tendo como premissa fundamental que o empregador deve actuar com probidade e lealdade, ou seja, sem deteriorar o ambiente de confiança mútua que deve impregnar a relação laboral, pelo que, e perante esta nova realidade que surge com esta evolução informática, exige-se uma intervenção crescente da boa fé.

No Acórdão do TCP 306/2003, suscitou-se uma questão de inconstitucionalidade em virtude dos tratamentos de dados de saúde dos trabalhadores<sup>1029</sup>, mas também aqui a questão foi tratada na perspectiva do direito à reserva da intimidade da vida privada. O Tribunal

<sup>1028</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Ideologias jurídicas y contrato de trabajo*, en AA.VV, *Ideologias jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977, pág. 98.

<sup>1029</sup> Publicado no *Diário da República* I-A, nº 164, de 18 de Julho de 2003, págs. 4142 e ss..

concluiu que a norma constante do segundo segmento do número 2, do artigo 17 do CTP, na medida em que permite o acesso directo do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador –, viola o princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 26, número 1, e 18, número 2, da CRP.

Em Espanha, o parágrafo 4, do artigo 18 da CE refere-se ao uso da informática, determinando que a lei limitará o seu uso para garantir a honra, a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos, e assim em coerência com aquilo que se defende em relação à formação do contrato, nas actividades em que haja uma vulnerabilidade acentuada ou em que a protecção do trabalhador ou o adequado exercício de funções possa ser colocado em causa pela omissão de informação, deve o trabalhador tomar a iniciativa de informar a entidade empregadora do facto, tal como o impõe a boa fé, como também o dever laboral de lealdade.

Os dados pessoais podem ser sensíveis e não sensíveis, sendo que os dados não sensíveis são, os que não trazem em si extrema relevância no que se refere ao aspecto da privacidade do trabalhador dos dados tratados, e refira-se e título de exemplo, o nome, a escolaridade, data de nascimento, entre outros; porém, dados sobre a vida íntima e vida privada do trabalhador, e previsto no CTP através dos artigos 16 e 17 e essencialmente, sobre a vida sexual, familiar, gravidez, convicções políticas e religiosas.

Desta forma, os dados devem ser tratados de forma lícita e com respeito ao princípio da boa fé e lealdade, pelo que o empregador não poderá recolher dados relativos à vida privada e íntima do trabalhador, excepto nas situações previstas nas alíneas a), e b), do referido artigo 17 do CTP, pelo que existirá uma ilicitude no tratamento dos dados pessoais do trabalhador quando não verificadas as excepções elencadas.

O empregador deve notar o princípio da boa fé tanto quanto a acautelar reserva em relação a estas informações, quanto à apreciação das circunstâncias que justifiquem exigí-las, e a recolha de dados deve ter finalidades determinadas, explícitas e legítimas, sendo proibido o posterior tratamento de forma incompatível com estas finalidades, e estas finalidades devem ser determinadas e explícitas, devendo ser identificadas e especificamente transmitidas ao trabalhador.

Será legítima a finalidade da recolha de dados quando o empregador a fizer para execução do contrato de trabalho, para cumprir as diligências prévias à formação do contrato

ou para cumprimento legal de obrigação à qual o empregador esteja sujeito, tudo na forma do artigo 6 da LPDP, reforçado que está pelas alíneas do número 1, do artigo 17 do CTP, que compelem o empregador a proporcionar por escrito a fundamentação da respectiva imposição de dados sensíveis, o que constitui importante medida de protecção uma vez que permite precisamente conhecer a finalidade da recolha de dados, e sua qualidade determinada, explícita e legítima.

Os dados pessoais devem ser ajustados, relevantes e não excessivos, relativamente às finalidades para as quais foram recolhidos e posteriormente tratados, ora a conservação dos dados pessoais devem permitir a identificação do trabalhador apenas e tão só à prossecução do contrato de trabalho, pelo que a cessação deste, determinará a destruição dos dados

Perante este propósito deduz-se que as informações relativas à intimidade do trabalhador devem ser amplamente protegidas no mais elementar ideário de lealdade, pois e acima de tudo, os dados pessoais não têm qualquer relevância prática para a execução do contrato de trabalho, sendo que o conhecimento por terceiros, pode vir a ofender a seriedade do trabalhador.

Contudo, e é nosso entendimento que o número 2, *in fine*, do artigo 17 do CTP, não só viola o princípio da proibição do excesso, porque permite ao empregador o acesso de informações relativas ao estado de saúde ou ao estado de gravidez do trabalhador, e ainda porque esta expressão tem um conteúdo diverso com a finalidade prevista na CRP, quando revela a “*protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros*”, preceito de indiscutível relevância constitucional.

E deste modo o preceituado na alínea b), do número 1, *in fine*, do artigo 17 do CTP “(...) *salvo quando particulares exigências (...) o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação*”, possibilita intromissões na intimidade da vida privada do trabalhador, concomitantemente a par de outros hipotéticos fundamentos constitucionalmente relevantes, em motivos não constitucionalmente atendíveis.

Acontece que as restrições aos direitos fundamentais só são legítimas se visarem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e ao não assegurar o respeito por esta circunstância, a norma em causa, independentemente da intermediação de um terceiro -, viola o número 2, do artigo 18 da CRP, e para o efeito, é irrelevante o requisito de fornecimento por escrito da fundamentação da exigência de prestação de informações, pois a determinabilidade dos motivos justificadores de restrições a direitos fundamentais tem de



constar da própria lei restritiva, não podendo ser relegada para a fundamentação dos actos concretos invasores da intimidade da vida privada.

A exigência de fundamentação destes actos só poderá servir para facilitar o controlo da sua subsunção a algum dos motivos legitimadores das restrições, que devem constar, com precisão, da própria lei.

Para além disso, os requisitos que o artigo 17 coloca como condição da obrigação de prestar as informações em causa, em particular à necessidade de fundamentar, por escrito, a sua exigência, sendo tal fundamentação susceptível de controlo judicial<sup>1030</sup>, em caso de litígio -, e a aplicabilidade expressamente prevista no número 4, do artigo 17, do regime de protecção de dados pessoais para o tratamento dos dados fornecidos ao empregador garantem, por um lado, a adequação da exigência e por outro, a protecção dos interesses do trabalhador; é que, segundo o disposto no número 1, do artigo 17 da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, o empregador fica sujeito “*a sigilo profissional*” quanto aos dados pessoais que forem tratados, quer automatizadamente quer manualmente, como resulta do número 1, do artigo 4, da mesma lei.

De acordo com a LOPD, e conforme o parágrafo 7, do artigo 4, não se pode recolher de forma desleal, fraudulenta e ilícita, qualquer informação sanitária, e no âmbito particular dos dados pessoais, o legislador espanhol, e num sentido amplo, regula o direito à intimidade através do artigo 18 da CE, de uma forma expansiva, e tal como ocorre com a tutela judicial (artigo 24 da CE), consolida o direito à intimidade como um aglutinar conceptual unitário, mas com a multiplicidade de conteúdos.

O CTP através do artigo 17, proíbe que o empregador exija ao candidato a emprego ou ao trabalhador a prestação de informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, e prevê, na segunda parte, essa possibilidade “*quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem*”: encontrando-se estes elementos da esfera privada e íntima do trabalhador ou do candidato a emprego indiscutivelmente protegidos pela reserva da intimidade da vida privada garantida pelo número 1, do artigo 26 da CRP, mesmo que se entenda que, por si só, a possibilidade de o empregador lhes exigir a prestação de informações relativas à sua saúde ou ao estado de gravidez não viola tal garantia, por estar constitucionalmente justificada pela necessária protecção de outros valores, a abertura dessa possibilidade, conferida pela segunda parte do número 2, deste artigo 17, constitui, em

---

<sup>1030</sup> Cfr. Acórdão do TCP 306/2003, de 18 de Julho de 2003.

qualquer caso, uma restrição do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, ora, acontece que tal restrição só seria constitucionalmente admissível se, entre outros limites, observasse as exigências impostas pelo princípio da proibição do excesso, como aliás enferma a segunda parte do número 2, do artigo 18 da CRP, nas suas dimensões de princípio da determinabilidade e princípio da indispensabilidade ou, do meio menos restritivo, o que parece muito discutível, atenta por um lado a indeterminabilidade que resulta da utilização de conceitos tão vagos como as “*particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional*”, e por outro lado, a possibilidade de utilização de meios menos restritivos, como por exemplo, através do recurso à intervenção de médico que se reservaria o conhecimento de tais dados e só comunicaria ao empregador se o trabalhador ou a regulamentação que hoje existe no CTP, sobre esta matéria encontra-se dispersa por vários diplomas, designadamente na legislação sobre protecção de dados pessoais e sobre segurança, higiene e saúde no trabalho e, no que especificamente se refere à intimidade da vida privada, no artigo 80 do CCP.

Após proclamar no artigo 16, que o empregador e o trabalhador devem guardar reserva quanto à intimidade dos dados pessoais da contraparte, e especificar que o direito a esta protecção abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas, dispõe implicitamente um dever de guardar lealdade perante o contrato de trabalho.

Sendo pacífico que não é admissível a renúncia do trabalhador ao exercício dos seus direitos de vigência do contrato de trabalho<sup>1031</sup>, a legitimidade do empregador para tratar determinado tipo de dados deve passar cada vez menos pelo consentimento, ou até por disposições de natureza contratual, ou seja, a relação de subordinação pode não conceder ao trabalhador a liberdade suficiente para tomar a decisão sobre o tratamento de dados pessoais que o afectem, pois numa grande parte das vezes o consentimento poderá não ser completamente livre, podendo o trabalhador recear eventuais prejuízos como aumentos salariais ou progressão na carreira, ou ainda e eventualmente poder ver coarctada a progressão na carreira, em caso de recusa.<sup>1032</sup>

Os sistemas de controlo pelo empregador devem apresentar-se como necessários para o desenvolvimento estrutural da sua própria actividade, porém decorrem alguns exercícios de controlo do próprio contrato de trabalho sendo que não devem os sistemas de informação

<sup>1031</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 12/12/2001, Proc. 2271/2001.

<sup>1032</sup> SARMENTO E CASTRO, C.: *Questões Laborais*, Coimbra Editora, Ano IX, 2002, pág. 58.

pessoais assumir carácter ilimitado, mas tão e somente ao estritamente necessário para poder aferir o cumprimento obrigacional que advém do próprio contrato, e tendo em consideração o estritamente necessário à manutenção ou melhoria das condições produtivas do empregador; e na medida que tenha que existir esta proporcionalidade, qualquer nível de intromissão na reserva pessoal do trabalhador, deve no mínimo garantir a serenidade suficiente para poder aferir que a lealdade estará subjacente ao cumprimento devido e dessa mesma protecção das condições de trabalho.

O direito do trabalhador não pode ser atingido pelos estímulos produtivos, exasperantes e usurários, porque a dignidade do trabalhador é algo demasiado importante para poder ser posto à prova e em causa, por qualquer meio que condicione a protecção dos seus dados pessoais, porque se tal acontecer haverá o comprometimento leal do preceituado pelo artigo 17 do CTP e artigos 25 e 26 da CRP.

Por outro lado, qualquer controlo sistemático, para além de comprometer a confiança e lealdade recíprocas, que caracterizam o contrato de trabalho, pode contribuir para uma hipotética ideia de que o trabalhador não será capaz e responsável para interiorizar um conceito de auto-controlo laboral.

Delimitar as condições em que o empregador pode tratar os dados pessoais do trabalhador, não nos se afigura como tarefa fácil, pois as várias formas de tratamento têm que ser compatibilizadas perante os vários direitos que lhes estão inerentes, e referimo-nos à iniciativa privada e orientação<sup>1033</sup> que estão a cargo do empregador, os princípios decorrentes da liberdade contratual do contrato de trabalho, com os direitos e obrigações do trabalhador, o que vai traduzir-se como o já referimos, na subordinação jurídica, obediência e lealdade; esta perspectiva é considerada suficiente para um equilíbrio entre as partes, de forma a maximizar as relações, sem aniquilar as dimensões essenciais do trabalhador e do empregador.

Consta-se que o empregador, ou por quem ele tenha sido nomeado para o representar, perante o trabalhador no âmbito do contrato de trabalho, permite-lhes, em abstracto o direito de estruturar, e perante o princípio da necessidade tratar os dados pessoais do trabalhador de uma forma legítima por forma a salvaguardar os interesses inerentes à empresa, porém não esqueçamos o que proclama a Lei 67/98 de 26 de Outubro, que refere *grosso modo* que

<sup>1033</sup> Neste sentido a doutrina do TCP refere que a liberdade de iniciativa privada não é um direito absoluto e legalmente incondicional mas, antes, sujeito, no seu exercício, às “*restrições legais impostas pelo interesse colectivo*”. A compatibilização de direitos deverá ser efectuada às luz dos princípios da “*necessidade e proporcionalidade da restrição, do seu carácter geral e abstracto, e não retroactivo, e do respeito pelo conteúdo essencial do preceito constitucional consagrador do direito*”, cfr. Acórdão de 12/07/1989, in BMJ, nº 389, pág. 214.

protecção dos “*dados pessoais deve ser adequada, pertinente e não excessiva relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados*”, devendo contudo, “*ser salvaguardados os interesses ou os direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados*”, ou seja, nada mais do que proclamar a reciprocidade existente e prevista no aludido artigo 17 do CTP, devendo-se nortear por um respeito aos direitos da personalidade, e esta reciprocidade de tratamento é tão pertinente que poder-se-á admitir que o empregador tem o direito de obter informações pessoais do trabalhador, e por exemplo através de exames médicos?

Não nos parece que assim tenha que ser, porque se assim fosse, ou seja a revelação de dados pessoais da pessoa do empregador, estaríamos a envolver a pessoa do empregador no contrato de trabalho e isso tornaria a situação perfeitamente anómala, pois pela pertinência o que está em causa é a componente pessoal do trabalhador sob tutela dos direitos pessoais perante o contrato de trabalho, completamente diferente da tutela que merecem os direitos do empregador.<sup>1034</sup>

O legislador espanhol prevê através da Lei 15/1999 de 13 de Dezembro, da Protecção de Dados de Carácter Pessoal (LOPD) a norma que transpõe a Directiva 95/46/CE de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e a livre circulação desses dados, que derogou a antiga Lei de 1992. Os constituintes espanhóis tomaram como exemplo a CRP e salvaguardou os dados pessoais. Não nos debruçaremos propriamente na LOPD, apesar de reconhecermos o interesse pela interligação com o ETE e com a CE, porém é de realçar o artigo 4.7 da LOPD estabelece que: “*Se proíbe a recolha de dados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos*”.

Com base neste requisito, infere-se que os dados pessoais devem recolher-se sem enganar ou falsidades por parte de quem os reclama, proibindo a lei de forma incisiva qualquer método desleal e desonesto, ora, e no caso é proibido ao empregador qualquer utilização por forma a deturpar ou sancionar o trabalhador.

Em Espanha, e perante a doutrina e jurisprudência existe uma norma constitucional em que a protecção dos dados pessoais tem reflexo imperativo e que está prevista no parágrafo 4, do artigo 18 da CE, bem assim como no artigo 18 do ETE. A tutela dos direitos pessoais do trabalhador, e no que diz respeito, hoje em dia extremamente comum o uso da informática -, projecta-se na vida do trabalhador, e por outro lado faz supor que sobre o empregador recai uma infinidade de obrigações sobre a qualidade e quantidade de informação na empresa, e o

<sup>1034</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 34.

espírito legislativo constitucional é sobre esta temática inovador em comparação com a constitucionalismo português, e pelo facto de se ter preocupado em fixar regras objectivas sobre a protecção de dados pessoais dos trabalhadores, evoluiu e preocupou-se pelo cumprimento das normas. As garantias previstas no artigo 18 do ETE têm sido entendidas, salvo algumas excepções, pela doutrina que a utilização de um computador propriedade da empresa é um elemento de trabalho<sup>1035</sup>, e não tem qualquer efeito pessoal sobre o trabalhador, pelo que as garantias estabelecidas pelo preceito legal enunciado no artigo 18 do ETE, são unicamente destinados a guardar dados pessoais referentes com o trabalho.<sup>1036</sup>

Ante a perspectiva enunciada, o legislador defende que o controlo dos elementos de trabalho que o trabalhador utiliza são limitados pela CE e pela doutrina emanada pelo TCE, ou seja, estes elementos de trabalho não constituem quaisquer efeitos na esfera pessoal do trabalhador, pois são instrumentos próprios e característicos da função desempenhada.

Mas esta situação não nos parece ser linear, pois tomemos como exemplo caracterizador o trabalhador que utiliza o computador da empresa para utilização pessoal e no qual armazena informação, na própria perspectiva intrínseca à sua pessoalidade, é confidencial!

Terá o empregador direito a visualizar essa informação? Salvo melhor opinião pensamos que o poderá fazer, por várias razões: em primeiro lugar o computador é da empresa e é um elemento de trabalho; em segundo lugar o trabalhador utiliza o horário para guardar informação pessoal, inferindo na violação de assiduidade; e por fim o trabalhador viola o dever de boa fé previsto no contrato de trabalho, agindo com deslealdade, ou seja, não cumpre o preceituado na própria relação laboral.

Contudo, a doutrina europeia tem tido em consideração as previsões do Convénio 108 do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981, que protege as pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, e neste campo a doutrina espanhola tendo como base o referido Convénio, teve a solução para a resolução desses problemas internos, ou seja, o facto de poder haver o conhecimento de dados pessoais do trabalhador pode determinar um benefício futuro<sup>1037</sup>, mas para que se confirme esta eficácia é necessário que o trabalhador possa controlar e dispor das informações de que foi despojado, salvaguardando sempre que não haja afectação dessa pessoalidade.

<sup>1035</sup> STSJ de Madrid, de 13 de Novembro de 2001, (AS 2001, 471).

<sup>1036</sup> STSJ de Catalunha, de 5 de Julho de 2000, (AS 2000, 3452).

<sup>1037</sup> MURILLO DE LA CUEVA, L.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 107 e ss.

Porém, a limitação do trabalhador e do empregador não são mensuráveis, e por vezes o que é pessoal para um, não o será para o outro, e tal acontece se houver conflitos de interesses proclamando um bem necessário que será a estrutura da empresa, e neste campo a honestidade como princípio é desvirtuado pelos interesses da comunidade empresarial, e este tipo de atitude viola a boa fé contratual.

Esta interligação pode comprometer a tutela dos dados pessoais do trabalhador previstos no parágrafo 4, do artigo 18 e o direito da privacidade vertido no parágrafo 1, do artigo 18, ambos do ETE, e como tal a transparência que é devida é limitada em favor da tutela colectiva, ou seja da empresa, senão repare-se na relação do trabalhador, enquanto paciente, com o médico de medicina do trabalho, que e apesar de estar sujeito ao dever de sigilo, pode, e dizemos pode, e não deve -, fornecer dados confidenciais ao empregador em benefício da estrutura da empresa, violando vários preceitos éticos e deontológicos, mas sobretudo violando o dever de lealdade do paciente-trabalhador e médico-prestador de serviços.

O parágrafo 4, do artigo 18 da CE estabelece o ponto de partida da legislação espanhola para a protecção dos dados pessoais e permitiu a consagração de um direito fundamental na protecção de dados<sup>1038</sup>, no particular é interessante pela polémica entre a doutrina e a evolução jurisprudencial do TCE, em que ficou bem explícito pelo TCE que a protecção dos dados pessoais é um direito fundamental, pois a interpretação do artigo 18 da CE contempla a privacidade familiar e pessoal, o direito à honra e à própria imagem, parágrafo 1, a inviolabilidade do domicílio, parágrafo 3 -, e ainda vem estabelecer que o uso de meios informáticos e o pleno exercício dos cidadãos, no parágrafo 4; é evidente que não podemos dissociar-nos que o trabalhador é cidadão, e como tal inerência lógica, sujeito à aplicabilidade destes preceitos na esfera jurídica da empresa.

Obviamente que desde que estejam em causa os dados pessoais resultantes de uma relação jurídico-laboral a disposição dos mesmos, estará dependente da própria natureza que revestem, da maior ou menor privacidade que conjuguem, salvaguardando sempre que as intromissões que possam resultar determinam uma maior ou menor violação do dever de lealdade enquanto suporte de confiança que subsista entre as partes, contudo é um facto que a referida Sentença 292/2000 do TCE reconheceu a existência da protecção de dados pessoais como um dever fundamental.

---

<sup>1038</sup> STC 292/2000, de 30 de Novembro.

O dever de lealdade enquanto direito fundamental no contrato de trabalho tem uma relevância suficiente para que o possamos considerar necessário respeito por parte do empregador e dos responsáveis da empresa dos arquivos existentes, bem como das regras existentes para a colheita, tratamento, uso, manutenção, armazenamento e cessão dos dados, e tudo estes preceitos conjugados com os princípios gerais da protecção de dados do trabalhador.

Igualmente a qualidade será mantida através de uma confiança mútua de acordo com os mais elementares parâmetros de afinco, proporcionalidade, lealdade, coerência, exactidão e acessibilidade por parte do titular dos dados, porque além do mais a protecção de dados pessoais caracteriza-se por um dever de personalidade que além de inato, é subjectivo e privado, e como tal necessário para o pleno desenvolvimento do trabalhador, “*indisponível, intransmissível, irrenunciável e imprescindível*”<sup>1039</sup>, e nas palavras do TCE: “(…) o conteúdo do direito fundamental da protecção de dados consiste num poder de disposição e controlo sobre os dados pessoais que faculta á pessoa para decidir quais destes dados proporcionará a um terceiro (...)”.

### ***3. Dever de lealdade e direito à intimidade***

Dispõe a primeira parte do número 2, do artigo 16 do CTP, a proibição que o empregador exija ao candidato a emprego ou ao trabalhador a prestação de informações relativas à sua saúde<sup>1040</sup> ou estado de gravidez, porém, existe uma excepção neste preceito perante a possibilidade “*quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem* “. Ora, tratando-se aqui de elementos da esfera privada e íntima do trabalhador ou do candidato a emprego, eles encontram-se indiscutivelmente protegidos pela reserva da intimidade da vida privada garantida pelo número 1, do artigo 26 da CRP.

Entendendo-se desta possibilidade de o empregador exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a prestação de informações relativas à sua saúde ou ao estado de gravidez não viola a garantia constitucional aludida no parágrafo anterior, por estar constitucionalmente justificada pela necessária protecção de outros valores, a abertura da sua possibilidade

<sup>1039</sup> MURILLO DE LA CUEVA, L.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 112; STC 292/2000, de 30 de Novembro, FJ 6 y 7.

<sup>1040</sup> LIZARDO, PALLA, J.: *Algumas questões quanto à realização de testes respeitantes ao estado físico do trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, nº 79/81, Jan/Dez. 2008, págs. 279-288.

conferida pela segunda parte do número 2 do artigo 16 do CTP, que e no caso constitui, uma restrição do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada.

Nestes termos, tal restrição só seria constitucionalmente admissível se, entre outros limites, observasse as exigências impostas pelo princípio da proibição do excesso constitucionalmente consagrado na segunda parte do número 2, do artigo 18 da CRP, nas suas dimensões de princípio da determinabilidade e princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo<sup>1041</sup> -, o que no caso em apreço, parece muito discutível.

O contrato de trabalho não poderá constituir um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao trabalhador enquanto cidadão, e essa condição não deverá ser afectada quando o trabalhador se entranha na estrutura empresarial, admitindo-se, apenas que sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correcto desenvolvimento da actividade produtiva da empresa.

A democratização do sistema de relações laborais reforça-se com a admissão, hoje generalizada, de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais com a sua aplicação integral ao trabalhador-cidadão, sendo que, e no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais, *“que estes devem ser utilizados de forma irrestrita às relações privadas que contenham um elemento de poder”*.<sup>1042</sup>

A legislação portuguesa e espanhola protegem o direito à intimidade, que compreende aqueles actos que não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade por naturais razões de refúgio e susceptibilidade, como os sentimentos das partes envolvidas de uma elevado sentido de grandeza das posições sociais, pelo que estas acções e abstenções têm em comum a ideia de um dever leal com o próximo, seja do empregador para com o trabalhador seja, do trabalhador para o empregador.

O TCP já teve ocasião de se debruçar sobre o direito à intimidade da vida privada<sup>1043</sup>, e com especial relevância deste direito nas relações laborais<sup>1044</sup>, tendo-se procedido a uma síntese das principais ideias-força da linha argumentativa da jurisprudência constitucional, como sejam, e de forma acentuada a caracterização através do artigo 26 da CRP da inviolabilidade deste instituto como um direito que toda a pessoa tem a que permaneçam desconhecidos determinados aspectos da sua vida, assim como a controlar o conhecimento

<sup>1041</sup> “(...) frequentemente, irrestrita, (...)”, cfr. MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 188.

<sup>1042</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora, 1993, pág.147.

<sup>1043</sup> Acórdãos nº 128/92, 319/95, e 355/97, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>1044</sup> Acórdãos n.ºs 368/2002 e 306/2003, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).



que terceiros tenham dela, que se reflecte no direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem, e nestas se incluem obviamente os elementos respeitantes à saúde.

E nesta senda doutrinária a empresa enquanto uma estrutura de poder, mostra-se detentora de diversas faculdades de actuação, razão pela qual, possui uma elevada potencialidade de afrontar os direitos fundamentais dos trabalhadores<sup>1045</sup>, e nesta perspectiva não haverá como negar a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito empresarial.

Adoptando a jurisprudência constitucional espanhola<sup>1046</sup>, costuma afirmar-se neste contexto que os direitos fundamentais também compõem estruturas básicas do Direito do Trabalho tendo em conta as características especiais de uma relação jurídica, onde não só a pessoa do trabalhador se encontra comprometida, mas atentando para o facto de que o trabalhador está inserido numa organização alheia e submetido a uma autoridade que, mesmo situada no âmbito privado, e tal como a doutrina ibérica releva, não deixa de ser um “*poder social com relevância jurídica*”<sup>1047</sup>, acentuando que, “*na empresa, o trabalhador mantém, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas*”.<sup>1048</sup>

Porém, o mencionado direito não é absoluto em todos os casos e relativamente a todos os domínios, mesmo a submissão juridicamente obrigatória a exames ou testes clínicos - constituindo uma intromissão na vida privada, na medida em que aqueles se destinam a recolher dados relativos à saúde, os quais integram necessariamente dados relativos à vida privada - pode, em certos casos e condições, ser tida como admissível, tendo em conta a necessidade de harmonização do direito à intimidade da vida privada com outros direitos ou interesses legítimos constitucionalmente reconhecidos, como sejam o acesso à justiça (a que

<sup>1045</sup> COELHO MOREIRA, TERESA ALEXANDRA: *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 57-58.

<sup>1046</sup> Cfr. a sentença 186/2000, de 10 de Julho, do TCE e que dispõe que: “*o empresário não fica apoderado para levar a cabo, sob o pretexto das faculdades de vigilância e controle que lhe confere o parágrafo 3, do artigo 20 do ETE, intromissões ilegítimas na intimidade de seus empregados nos centros de trabalho*”; e ressalta, também, que “*os equilíbrios e limitações recíprocas que se derivam para ambas as partes do contrato de trabalho supõem, pelo que agora interessa, que também as faculdades organizativas empresariais se encontram limitadas pelos direitos fundamentais do trabalhador, ficando obrigado o empregador a respeitar aqueles*”. Mais adiante, a referida decisão menciona que “*a jurisprudência constitucional tem mantido, como não poderia ser de outro modo, que o exercício das faculdades organizativas e disciplinares do empregador não pode servir em nenhum caso para a produção de resultados inconstitucionais, lesivos dos direitos fundamentais do trabalhador, nem à sanção do exercício legítimo de tais direitos por parte daquele*”. BOE, nº 192, publicado em 11/08/2000, acesso em 25/05/2013 <http://www.tribunalconstitucional.es>.

<sup>1047</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER, M.: *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01/02, 1996, pág. 15.

<sup>1048</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 107.

nos referiremos no *item 7*, deste capítulo), ou a protecção à saúde pública, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade, mesmo que a jurisprudência não seja unânime.<sup>1049</sup>

É um facto que a reserva da intimidade da vida privada assume uma importante dimensão no âmbito das relações jurídico-laborais, uma vez que a disposição implícita no contrato de trabalho conduz sempre a algum envolvimento, ou até mesmo uma restrição, da personalidade do trabalhador no vínculo contratual, e este é um ponto pacífico na doutrina portuguesa<sup>1050</sup>, isto é, a recolha de informações relativas à vida privada do trabalhador deve proceder a uma recolha justa e leal, tendo como corolário a proibição do excesso de informação.

O direito à reserva da intimidade da vida privada deve ser entendido de modo a nele incluir os aspectos ligados à esfera íntima, à esfera pessoal e ainda à vida familiar do trabalhador, o que, “*naturalmente vai ter implicações na execução do contrato de trabalho*”<sup>1051</sup>, sendo que este direito proíbe as intromissões do empregador em pormenores na vida privada do trabalhador que não se concluem necessariamente relevantes para a sua actividade laboral, e como tal implica também certos modos de controlo da actividade do trabalhador no seio da estrutura empresarial.

Apesar da relevância que vimos referindo, este princípio torna-se irrelevante se não existir uma conexão proeminente entre as “*condutas pessoais e o próprio contrato de trabalho*”.<sup>1052</sup>

De assinalar que de numa perspectiva comparada, a doutrina e a jurisprudência espanhola, também só têm admitido a relevância das condutas extra-laborais em casos excepcionais, nomeadamente quando essas condutas extra-laborais prejudiquem os interesses

<sup>1049</sup> Ao contrário do que sucedeu no Acórdão n.º 368/02, no Acórdão n.º 306/03, o TCP considerou inconstitucional o pedido de informações por parte do empregador relativas à saúde ou ao estado de gravidez, ainda que “*particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem*”, uma vez que se autorizava uma excessiva intromissão na esfera privada do trabalhador ou do candidato ao emprego, dado não ser esse o meio menos intrusivo para saber se o trabalhador está ou não apto para o emprego.

<sup>1050</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *O respeito pela esfera privada do trabalhador*, in ANTÓNIO MOREIRA, I Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra, 1998; MENEZES LEITÃO, M. T.: *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, in Centro de Estudos Judiciários, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra, 2004, pág. 124; ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador*, in Centro de Estudos Judiciários, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra, 2004, pág. 149; PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais*, Coimbra, 2006, pág. 363.

<sup>1051</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais*, Coimbra, 2006, pág. 363.

<sup>1052</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho - Parte II - Situações Laborais Individuais*, Coimbra, 2006, págs. 364-365.

da empresa ou ainda quando a relação de trabalho tenha uma natureza especial, como é o caso dos futebolistas profissionais.<sup>1053</sup>

Não esqueçamos que é na estrutura empresarial que a vulnerabilidade do trabalhador se encontra mais exposta à proibição do empregador investigar a vida extra-laboral do trabalhador, e é nesta perspectiva que a honestidade, lisura, probidade e lealdade do trabalhador relevam os comportamento privados para o seio da empresa, e este paralelismo é invocado não só na legislação portuguesa, mas também extremamente realçado na legislação espanhola através do artigo 18 da CE, que reforça o imposto na alínea e), do número 2, do artigo 4, e do artigo 17 do ETE.

Mais concretamente, não parece que a indeterminabilidade que resulta da utilização de conceitos tão vagos como as *“particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional”*, enquanto invocado fundamento para a restrição, seja compatível com a certeza requerida pela protecção de um domínio tão sensível como é o da reserva da intimidade da vida privada. Por outro lado, parece seguro que teria sido possível chegar aos mesmos fins que se procuram atingir com a restrição em causa através da utilização de meios menos restritivos, tal como o exige a observância do princípio da proibição do excesso.

Assim, sem perda de eficácia seria possível como se defende, atingir os mesmos fins recorrendo à intervenção de médico que se reservaria o conhecimento de tais dados e só comunicaria ao empregador se o trabalhador ou candidato a emprego estava ou não apto a desempenhar a actividade, tal como, de resto, dispõe o número 3, do artigo 19 do CTP.

Por estas razões, a segunda parte normativa do artigo 16 em causa, refere: *“parece constituir uma violação da garantia de reserva da intimidade da vida privada consagrada no artigo 26 da CRP, bem como uma violação do princípio da proibição do excesso nas restrições a direitos, liberdades e garantias do número 2, do artigo 18 da CRP”*.

A aplicação do artigo 16 do CTP, admite uma maior extensão<sup>1054</sup> à aplicabilidade do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, porque abrange quer o *acesso*, quer a *divulgação* de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, o que significa que para além da intromissão na esfera íntima dos direitos da personalidade do trabalhador, a difusão de tais elementos não é permitida. Desta forma, mesmo se o trabalhador consentir aquando das informações a fornecer, e qualquer pedido de esclarecimentos pelo empregador a

<sup>1053</sup> GOÑI SEÍN: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Civitas. Madrid, 1988, pág. 256.

<sup>1054</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Código do Trabalho Anotado*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 118.

respeito de sua vida privada, incide sobre o empregador a obrigatoriedade de não revelar a terceiros tal conhecimento

Numa formulação bastante genérica, a exceção à não vinculação do trabalhador a fornecer informações sobre o seu estado de saúde, deixa esta decisão nas mãos da entidade empregadora, sem que haja qualquer referência a uma intervenção médica ou enquadramento do pedido no âmbito dos serviços de higiene e saúde no trabalho, o que suscita a dúvida sobre se esta indagação sobre o estado de saúde, a coberto de um fundamento impreciso, e sem qualquer conexão com a preservação da saúde dos trabalhadores, não estará a contribuir para institucionalizar uma sistemática e global devassa da reserva da vida privada, constitucionalmente censurável.

Comparando este regime com o número 3, do artigo 19, em que os testes e exames médicos só podem ser feitos por ordem e indicação do médico e em que em princípio, o resultado dos mesmos será inacessível à entidade empregadora, então é razoável que se clarifique, no artigo 17, que a solicitação por escrito e a respectiva fundamentação sejam subscritas por médico e que à entidade empregadora só seja revelada a aptidão ou a inaptidão para o cargo.

Caso não seja feita tal precisão, ocorrerá violação do artigo 26, do número 2, do artigo 18 da CRP, por a limitação da intimidade da vida privada dos trabalhadores se revelar excessiva, não adequada, desproporcionada e desnecessária, traduzindo-se numa efectiva aniquilação de um direito fundamental sem se atender ao princípio da mútua compressão e lealdade, que deve nortear a harmonização dos direitos fundamentais. No caso, a restrição do direito ultrapassa o estritamente necessário para salvaguardar os direitos da entidade empregadora: esta não precisa de conhecer os dados, bastando que o médico se pronuncie no sentido de que o trabalhador está apto a desempenhar as funções e só o médico estará em condições de emitir tal juízo, e, por isso, a solução encontrada representa uma diminuição injustificada da extensão e alcance do conteúdo essencial do direito fundamental em causa.<sup>1055</sup>

Considera-se, no entanto, que a norma em apreço, numa outra dimensão, viola o princípio da proporcionalidade, e com efeito para a finalidade tida em vista seria suficiente, como no caso do número 1, do artigo 19 do CTP, a intervenção do médico, com a imposição de este apenas comunicar ao empregador a aptidão ou inaptidão do trabalhador para o desempenho da actividade em causa. O empregador não tem necessidade de conhecer

<sup>1055</sup> Acórdão do TCP n.º 368/02 (*Diário da República*, II Série, n.º 247, de 25 de Outubro de 2002, pág. 17, 780-17 791).

directamente dados relativos à esfera íntima do candidato a emprego ou do trabalhador, bastando-lhe obter a informação da eventual existência de inconvenientes à contratação ou à atribuição de determinadas actividades. Ora, a vinculação do médico ao segredo profissional reduz ao mínimo a indevida e desnecessária divulgação de dados cobertos pela reserva da intimidade da vida privada. De resto, o juízo de adaptação ou inadaptção entre as condições de saúde e estado de gravidez e a natureza da actividade pressuporá, por vezes, conhecimentos científicos que, em princípio, só o médico possuirá.

Contudo é importante realçar que, e no que diz respeito ao direito à intimidade, e ao fim e ao cabo em todos os direitos da personalidade, deve prevalecer o princípio paritário, pois os direitos de personalidade estão tutelados pelo CTP, e que apesar de diferentes do trabalhador, mas se existe uma obrigatoriedade recíproca, deve o empregador proteger o trabalhador contra influências externas à empresa, seja de que âmbito for, e esta situação torna-se mais evidente nas micro e pequenas empresas onde a relação se torna mais próxima.

Ou seja, se o trabalhador deve respeitar os direitos de personalidade do empregador, poderemos admitir que em casos excepcionais, o dever de boa fé ou o dever de lealdade, determinem um dever de protecção do trabalhador em relação ao direito à reserva da intimidade da vida privada do empregador, considerando que o dever de lealdade se traduz não apenas em obrigações de conteúdo negativo, mas também de conteúdo positivo.<sup>1056</sup>

Assim que a norma constante da segunda parte do número 2, do artigo 17 do CTP, na medida em que permite o acesso directo do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador –, viola o princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas do número 1, do artigo 26, e do número 2, do artigo 18 da CRP, numa clara violação do direito à intimidade e consequentemente a violação do dever de lealdade como pressuposto básico da relação pré-contratual e perante a concretização de facto.

A intimidade é um dos valores sub-estimáveis para o trabalhador enquanto cidadão porque é determinante para o desenvolvimento da personalidade e permite o privilégio de bens elementares como a dignidade, segurança, igualdade, entre outros; estes preceitos permitem-nos estabelecer na esfera jurídico-laboral-constitucional uma relação com o artigo 18 da CE e em particular com o parágrafo 1, do artigo 10 da CE, ou seja, o direito à intimidade enquanto

<sup>1056</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 457-458.

inserto na dignidade do cidadão, é a necessidade básica para a autodeterminação individual do cidadão enquanto trabalhador.

O TCE não é alheio ao alcance do direito à intimidade que obteve uma evolução jurídico-constitucional no âmbito privado do trabalhador, e que lhe confere um direito inalienável ao nível pessoal e familiar como tal limita o empregador de se intrometer na vida íntima proibindo de uma qualquer afectação pessoal, o que como é evidente se assim não acontecer haverá uma deslealdade implícita do violador deste conceito elementar da relação laboral.

O direito à intimidade que procede da dignidade humana, supõe o reconhecimento da existência de um âmbito reservado, pessoal e privado que seu titular pode subtrair ao conhecimento alheio, seja privado ou público, isto é, âmbito de privacidade que resulta imprescindível para manter uma qualidade mínima de vida humana, própria da cultura ocidental a que pertencemos.

Nessa perspectiva, o direito à intimidade, como reconheceu o TCE<sup>1057</sup>, pelo seu próprio conteúdo e alcance, refere-se à vida privada das pessoas individuais em que nada pode envolver-se sem que esteja devidamente autorizado, e sem que, em princípio, as pessoas jurídicas como as sociedades comerciais, possam ser titulares dos mesmos.

Conquanto o Direito do Trabalho não faça referência aos direitos à intimidade e à privacidade, que constituem direitos da personalidade, consagrados ao nível constitucional, esses direitos são oponíveis contra o empregador, devendo merecer o devido respeito, independentemente do seu titular se encontrar no local de trabalho ou fora dele.

É uma realidade que os direitos fundamentais do cidadão não estão limitados ao conceito puro de cidadania, mas pelo contrário, podem e devem ser exercitados perante o vínculo laboral<sup>1058</sup>, sendo que os direitos inespecíficos, enquanto outros direitos constitucionais de carácter genérico e não propriamente laborais podem ser exercidos pelo trabalhador no âmbito de um contrato de trabalho.<sup>1059</sup>

Interessante verificar o pioneirismo jurisprudencial espanhol em que e através Sentença do TCE 110/1984, de 26 de Novembro, realça e faz a destrição do problema do chamado segredo bancário, referindo que não pode ter outro fundamento que o direito à intimidade do cliente reconhecido no número 1, do artigo 18 da CE, diferenciando

<sup>1057</sup> Cfr. sentença do TCE 257/1985, de 17 de Abril.

<sup>1058</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Tecnos, 6ª. Ed., 1997, pág. 137.

<sup>1059</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Centro de Estudios Ramón Acero S.A., Madrid, 2001, págs.147-148.

perfeitamente do segredo profissional, tal foi o caso de uma entidade bancária que forneceu dados, violando o pressuposto essencial de lealdade, sendo que este desvirtuar do dever de lealdade, e apesar de uma entidade colectiva, foi complementada através da actuação de um, ou vários trabalhadores, enquanto trabalhadores bancários.

O reconhecimento do dever à intimidade<sup>1060</sup> está bem determinado na CE que é de facto originária no que diz respeito à vida privada, estando contudo em algumas liberdades tradicionais<sup>1061</sup> bastante apoiado.

Devem-se equilibrar os direitos fundamentais e afinal não é apenas o empregador que deve zelar pela privacidade, intimidade, honra e imagem do trabalhador, mas também, a recíproca deve ser verdadeira, agindo com os preceitos da boa fé. A Sentença 186/2000, de 10 de Julho, do TCE, dispõe que: *“o empresário não fica apoderado para levar a cabo, sob o pretexto das faculdades de vigilância e controlo que lhe confere o número 3, do artigo 20 do ETE, intromissões ilegítimas na intimidade de seus empregados nos centros de trabalho”*, e tal motivação, e no que diz respeito à violação da intimidade<sup>1062</sup> na área médico-laboral define que a extensão e limites de um qualquer exame, seja numa fase de candidatura, seja na efectivação da relação laboral ou ainda durante a vigência do contrato de trabalho, a proibição efectiva e eficácia dos direitos à dignidade pessoal do trabalhador, isto é a tutela da intimidade do trabalhador, ou como preferimos, a privacidade, é um tema de elevada transcendência, perante o elevado exercício, e legítimo, na relação entre as partes, porque se esta violação for notória, ou até que seja um elementar indício, estaremos de forma inquestionável perante a violação do elementar principio da boa fé contratual e pela aleatoriedade que este princípio acarreta uma desonestidade e deslealdade da entidade empregadora.

A salvaguarda do conteúdo essencial do direito à intimidade, bem como a evidente desigualdade existente entre os sujeitos envolvidos nas relações laborais, trabalhador e empregador –, em face da grande centralização de poder nas mãos do empregador no seio

<sup>1060</sup> BOE – Supl. ao núm. 119, 18 Maio 2000, pág. 41, e neste sentido, *“La Sentencia declaró la existencia de vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores y, en consecuencia, la nulidad radical de la conducta de la empresa, consistente en la instalación de aparatos auditivos, ordenando el cese inmediato de dicha conducta y la reposición de la situación al momento anterior a la instalación de los micrófonos”*.

<sup>1061</sup> BOE – Supl. ao núm. 305, 21 de Dezembro de 1984, pág. 18.

<sup>1062</sup> Neste sentido: MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S.: *Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 17, 1999, pág. 11.

destas relações, podem ser considerados como motivos justificadores para a aplicação da eficácia directa ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho.<sup>1063</sup>

A interligação do direito à intimidade do trabalhador, na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, jamais pode passar inobservada no campo das relações laborais, tendo em vista que a empresa, enquanto estrutura de poder de direcção e disciplinar, atribui um grande complexo de faculdades de actuação ao empregador, sendo que, e pelo seu próprio teor e sentido, apresenta uma especial potencialidade danosa para o exercício real e efectivo dos direitos fundamentais do trabalhador<sup>1064</sup>, que no núcleo central do contrato de trabalho permanece uma desigualdade premente entre o trabalhador e empregador<sup>1065</sup>, e tratando-se de uma desigualdade é oportuno acentuar a sentença do TCE.<sup>1066</sup>

O direito à intimidade, que em nossa opinião tem uma conotação, talvez ultrapassada, dado que se interliga a um conceito pudico, filosófico (talvez), comportamento íntimo do ser humano -, está hoje em dia associado ao preceito de privacidade, pois é um conceito bastante mais abrangente<sup>1067</sup>, bastante mais actual e de melhor aplicabilidade no contrato de trabalho, e de facto o artigo 18 da CE admite um conteúdo amplo do direito à intimidade, de tal forma que é reconhecido algumas vertentes incluídas neste direito, como sejam a privacidade do domicílio, a liberdade e confidencialidade das comunicações privadas e o sigilo nas comunicações, a privacidade de relatórios médicos, quando tal não traduza uma qualquer objectivação para um incumprimento contratual e a constitucionalização da protecção do direito líquido, é certo do requerente em ter conhecimento de informações e registo relativos à sua pessoa, desde que esgotada as vias administrativas para que se obtenha as informações desejadas<sup>1068</sup> ou a privacidade<sup>1069</sup> na auto-estrada informática.

A incorporação na CE do direito à privacidade, confere ao trabalhador a salvaguarda dos interesses que emergem do contrato de trabalho enquanto elemento integrador, bem como

<sup>1063</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de trabalho e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 131.

<sup>1064</sup> VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pág. 25.

<sup>1065</sup> *Ibidem*, pág. 25.

<sup>1066</sup> Sentença nº 128, de 17 de Julho de 1989, BOE, nº 189, publicado em 9 de Agosto de 1989. (Disponível na Internet: “<http://www.tribunalconstitucional.es>”. Acesso em 12 de Dezembro de 2012).

<sup>1067</sup> Especialmente interessante, resulta e neste sentido o considerando 10 da Directiva 95/46/CE, onde se afirma que: “As legislações nacionais relativas ao tratamento de dados pessoais têm como objecto garantir o respeito à vida privada” reconhecido no artigo 8 do Convénio Europeu para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, assim como os princípios gerais do Direito comunitário, assinalando o artigo 8 do CEDH que “toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar”.

<sup>1068</sup> “*habeas data*”: conceito resultante da CRP e CE.

<sup>1069</sup> Assim o reconhece o TCE na STC 254/1993, D. J 16.



pela realização efectiva que o mesmo proporciona, ou seja, a efectivação do trabalho em si, numa protecção da privacidade, da qualidade de vida e a protecção profissional, embora que seja o facto de as partes deverem obedecer a vínculos resultantes da relação laboral é corolário suficiente e emergente para um procedimento sem excessos no propósito de cumprirem com probidade a emergência do contrato de trabalho.

É que perante os condicionalismos que possam advir, e adverte o TCE, não pode o genérico dever de lealdade ter um significado omnicompreensivo<sup>1070</sup> de sujeição do trabalhador ao interesse do empregador e da estrutura empresarial, pois a lealdade não acolhe no sistema constitucional de relações laborais e surge como contradição pela existência de um conflito; contudo a lealdade não desobriga da necessidade de uma reciprocidade comportamental, sempre em consonância com o princípio da privacidade, através da mais elementar exigência da boa fé, cujo incumprimento converte a obrigação num ilícito ou abuso de poder e concomitantemente do exercício dos próprios direitos, ficando assim desprotegidos, tal como refere a vasta jurisprudência.<sup>1071</sup>

Ao empregador existe o “*privilegio*” de limitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, como seja, e a título de exemplo, estabelecer a proibição total de utilização dos meios informáticos, e como nenhum direito é absoluto, nem sequer os fundamentais, há que não considerar a excepção como norma, pois os direitos fundamentais têm uma posição preeminente, e a doutrina constitucional espanhola identifica a proporcionalidade como critério nuclear, para além de que o próprio TEDH refere na sua doutrina, e como exemplo, que: “*a recolha e armazenamento de informação pessoal relativa a chamadas telefónicas, correio electrónico e navegação na internet, deve fazer-se sempre com conhecimento do trabalhador*”.

Ora, e tendo como limite a dignidade humana, como aliás se infere do número 3, do artigo 20 do ETE, e artigo 16 do CTP, a consolidação pelo empregador de regras protocolares

<sup>1070</sup> Neste sentido: LALLANA ORTIZ, C.: *Derechos fundamentales y relación laboral*, in Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 13, 1998, pág. 19; VALDÉS DAL-RE, F.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 47; aludindo às sentenças 120/83, 88/1985, 129/1989, 186/1996, entre outras da doutrina constitucional; e tal como evidencia e reintera na sentença do TCE 192/2003, o “*dever genérico de lealdade*” não se traduz numa sujeição do trabalhador ao interesse do empregador, pois tal evidenciaria um incumprimento do sistema constitucional das relações laborais, ou seja, a lealdade do trabalhador não se deve generalizar, mas limitar-se à especificidade da situação em análise, é pelo menos esta a convicção jurisprudencial em Espanha, e que também se concretiza em Portugal.

<sup>1071</sup> Cfr. STC 120/1983, de 15 de Fevereiro, e entre outras, e no mesmo sentido: SSTC 88/1985, de 19 de Julho, e 7/1995, de 10 de Janeiro; Mais recentemente, e na mesma sequência jurisprudencial, a SSTC 213/2002, de 11 de Novembro, e 192/2003, de 27 de Outubro.

podem resultar de um abuso aos limites constitucionais pela desproporcionalidade aplicável<sup>1072</sup>.

O TS entende que a boa fé é uma exigência que envolve toda a relação laboral e cujas consequências devem seguir os trâmites da mesma, pois tem um “*alcance de singular densidade na relação laboral*”<sup>1073</sup>, durante a temporalidade do contrato de trabalho<sup>1074</sup>, e perante um “*comportamento de lealdade, honorabilidade, probidade e confiança*”.<sup>1075</sup>

Na realidade, e nem perante os preceituado pela doutrina jurisprudencial, o direito à privacidade não pode ser exigível se não estiver presente a boa fé, pois perante a má fé e deslealdade torna-se desvirtuada a relação laboral.

#### ***4. Dever de lealdade e liberdade expressão***

A colisão dos direitos no âmbito do contrato de trabalho sofrem, como podemos observar alguns limites, e no que concerne à liberdade expressão há que admitir que é um direito que pode colidir com outros direitos dos trabalhadores, isto é, perante a cedência de uma das partes envolvidas na relação jurídico-laboral, será a aplicação subsidiária do princípio geral da colisão de direitos, e no domínio laboral estes limites, com os próprios limites do empregador, como sejam o direito de propriedade do empregador sobre a empresa, previsto no artigo 62 da CRP, ou o direito de personalidade do empregador, se este for um empresário em nome individual, tal como refere a alínea c), do artigo 80, e artigo 86 da CRP.<sup>1076</sup>

Esta limitação à liberdade de expressão encontra eco no próprio dever de sigilo que o trabalhador deve para com o empregador, e que tem, ou pode ter, uma intensidade relevante pela aplicabilidade enunciada no artigo 14 do CTP, e é assente na jurisprudência do TCP<sup>1077</sup> a caracterização jurídico-constitucional da liberdade de expressão, e a caracterização jurídico-constitucional da propaganda como manifestação da liberdade de expressão, e pela especial natureza dos bens jurídicos que reveste, a norma do artigo 37 da CRP deve ser vista, quanto ao âmbito de comportamentos a incluir na sua noção, como uma norma de largo espectro, e nesta sua dimensão objectiva e institucional, a liberdade de expressão exerce uma função

<sup>1072</sup> Tenhamos como exemplo a doutrina jurisprudencial espanhola através da sentença do STS de 06/10/2011, que acentua a protecção dos direitos individuais tendo em consideração a proporcionalidade.

<sup>1073</sup> STS de 22 de Fevereiro de 1990 (RJ 1990, 1134).

<sup>1074</sup> STS de 20 de Novembro de 1989 (RJ 1989, 8205).

<sup>1075</sup> STS de 22 de Maio de 1986 (RJ 1986, 2609).

<sup>1076</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado do Direito do Trabalho, Parte I, Dogmática Geral*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 183.

<sup>1077</sup> Cfr. Acórdão n.º 258/2006 do TCP.

estruturante do sistema de direitos fundamentais do trabalhador e do empregador enquanto arquétipo essencial num Estado democrático, porque de facto o número 1, do artigo 37, garante e compreende, o direito de manifestar o próprio pensamento, aspecto substantivo -, bem como o direito de livre utilização dos meios através dos quais esse pensamento pode ser difundido, aspecto instrumental.<sup>1078</sup>

Todavia, em nossa opinião dever-se-á considerar que o exercício da liberdade de expressão poder-se-á ver restringido ou remetido para determinada jurisprudência como sejam os casos dos funcionários das Forças Armadas (SSTC 241/1991 de 20 de Dezembro), e os limites do artigo 20 da CE estão bem determinados, considere-se e como consequência de uma relação laboral<sup>1079</sup> (SSTC 186/1996, de 25 de Novembro; 90/1999, de 26 de Maio).

De qualquer forma, devemos ponderar que a dependência da subordinação jurídica tem um conceito gradativo, o que demonstra uma distinta intensidade segundo a qualificação do trabalhador, forma de organização do trabalho e local de prestação do mesmo<sup>1080</sup>, e das quais resultam da “*integração do trabalhador numa organização colectiva de trabalho desenhada por um e para outros*”<sup>1081</sup>, e é precisamente por esse motivo da definição legal de dependência<sup>1082</sup>, que também condiciona os limites da liberdade de expressão.

É reconhecida, no âmbito da estrutural da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa, conforme disposto no artigo 14 do CTP, número 1, do artigo 26, e número 1, do artigo 37 da CRP, e ainda no artigo 79 do CCP, que decorrem do vínculo laboral, e que preceituam o dever de respeito e lealdade entre as partes.

<sup>1078</sup> Cfr. Acórdão do TCP n.º 258/2006, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>1079</sup> A doutrina expressa pelo TCE, reconhece o direito pela liberdade de expressão dos trabalhadores no âmbito da relação laboral, porém revela-nos que o artigo 20 da CE não é um direito constitucional reconhecido e ilimitado, demarcando esses limites através do número 4, do referido artigo, ressaltando que as partes estão condicionadas a um comportamento recíproco genérico de lealdade e boa fé.

<sup>1080</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Op. cit.; pág. 174.

<sup>1081</sup> PEDRAJAS MORENO, A.: *Los Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio*. Op. cit.; mag. 152: “*la subordinación implica que el trabajador por cuenta ajena, como Op. cit.; mag. 152: “la subordinación implica que el trabajador por cuenta ajena, como consecuencia del contrato de trabajo, queda inmerso en el círculo organizativo, rector y disciplinario empresarial”*”.

<sup>1082</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Op. cit.; pág. 55: “*los servicios se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de quien paga los salarios; tal es la formulación moderna en el ETE de lo que tradicionalmente se ha llamado subordinación o dependencia del trabajador al empresario*”*formulación moderna en el ETE de lo que tradicionalmente se ha llamado subordinación o dependencia del trabajador al empresario*”.

O direito de expressão com base constitucional, e enquanto direito fundamental do trabalhador deve ser entendido perante uma delimitação positiva, bem como negativa, e desta forma pode o trabalhador expressar-se na empresa através do seu pensamento opinativo, contudo, jamais poderá exercer esse direito tendo como objectivo a colisão dos direitos à honorabilidade, respeito e liberdade do empregador ou de outros colegas, o que determinará uma evidente violação do dever de lealdade em caso de excesso evidente, e ainda quando a liberdade de expressão possa colocar em causa o normal funcionamento da estrutura organizacional, sendo-lhe lícito, e salvaguardando sempre os direitos sindicais que lhe estejam subjacentes, exprimir-se de forma livre.

Muito embora a CRP não contenha uma cláusula de restrição da liberdade de expressão e refira-se expressamente que tal direito deve ser exercido *sem impedimentos nem discriminações*, o certo é que do próprio corpo do seu artigo 37 se extrai que tal liberdade não é ilimitada.

O TEDH reiterou<sup>1083</sup> a sentença de Dezembro de 2010 que estabelecia que Espanha não violou o Convénio Europeu de DDHH pelo despedimento de seis trabalhadores que injuriaram outros colegas de trabalho num boletim sindical.

O Tribunal considerou que o despedimento *"não foi uma punição manifestamente desproporcional ou excessiva"* e uma violação da honra com *"expressões extremamente abusivas ou insultuosas"* e justifica tais sanções; a declaração foi em frente por 12 votos a favor contra cinco dissidentes, da Bélgica, Islândia, Lituânia, Sérvia e Montenegro, segundo a qual o desenho *"de gosto vulgar e questionável"*, teve de ser considerada como uma *"figura satírica"*.

O CTP prevê que o trabalhador deva guardar sigilo sobre informações atinentes à empresa, sendo este dever reforçado perante a existência do desempenho de cargos que possam comprometer o *"know-out"* adquirido, podendo, e se tal acontecer, desta forma o direito de expressão na empresa pode ficar comprometido.<sup>1084</sup>

Ou seja, a liberdade do trabalhador, deve ser objecto de uma tutela o mais ampla possível, daí por que o trabalhador é, em princípio, livre para tudo o que não diga respeito à

<sup>1083</sup> TEDH, Sentença: Asunto Palomo Sanchez y Otros c. España, (Demandas nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06), Estrasburgo, 12 de Septiembre de 2011.

<sup>1084</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 11/10/1995, CJ (STJ), 1995, III, 277; Acórdão RC de 04/11/1004, CJ, 1994, V, 72, e Acórdão Ver, de 04/07/1995, CJ, 1995, IV, 293.

execução do seu contrato<sup>1085</sup>, e como consequência, o poder de direcção sofre limitações de ordem temporal e espacial.

O empregador só poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido, legal, convencional ou contratualmente -, e ou, se houver subjacentes à sua actuação interesses que, no caso concreto, se mostrem merecedores de uma tutela superior à daquela liberdade<sup>1086</sup>, e esta possibilidade poder-se-á verificar porque o trabalhador tem o dever de lealdade ao contrato de trabalho que o vincula, mas e como se vem referindo, somente ao contrato de trabalho, precisamente nos mesmos termos em que, e também, o empregador a deve, ou seja implicitamente vinculados pelo princípio da reciprocidade até porque, na empresa o trabalhador mantém-se enquanto cidadão que o é, e como tal titular<sup>1087</sup> de todos os direitos como qualquer outro cidadão.

É um facto que o trabalhador, e fora da prestação laboral, e tal como o CTP preconiza, poderá exprimir-se de tal forma que possa estar sujeito a uma qualquer infracção disciplinar e que pode, eventualmente ser transposta para a empresa como seja o caso de injúrias à entidade empregadora, e mesmo fazendo uso da sua liberdade de expressão, poderá ver essa liberdade contestada e sancionada, ainda que a liberdade de expressão é um direito pessoalíssimo de liberdade de expressão e pensamento do trabalhador, liberdade que não pode ser objecto de censura, e tal como a CRP também consagra, com restrições, é certo, pelo que e tal como está consagrado na CRP é, desde logo e em primeiro lugar, o direito de não ser impedido de exprimir-se e de divulgar ideias e opiniões.

Neste sentido, enquanto direito negativo ou direito de defesa, a liberdade de expressão é uma componente da clássica liberdade de pensamento, que tem outras dimensões na liberdade de criação cultural, conforme o artigo 42 da CRP, mas pode ainda incluir um direito à expressão, isto é, um direito positivo de acesso aos meios de expressão.

Constitucionalmente, esta dimensão positiva do direito de expressão encontra afloramentos apenas no número 4 do presente artigo, direito de resposta -, entre outros que nos debruçaremos nos *itens* seguintes.

---

<sup>1085</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 61.

<sup>1086</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 200.

<sup>1087</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pág. 201.

O direito de expressão e de informação não podem ser sujeitos a impedimentos<sup>1088</sup> nem discriminações, porém não é evidente o alcance deste enunciado, “*sem impedimentos*”, não pode querer dizer sem limites, visto que se o seu exercício pode dar lugar a “*infracções*” conforme o número 3, do referido preceito legal, é porque há limites ao direito.

Todavia, a legislação portuguesa e no que diz respeito à liberdade de expressão está vertida pelo dever geral de boa fé entre as partes, porque não se condiciona somente ao estatuto do trabalhador enquanto tal, mas também o empregador está limitado na utilização deste considerando, devendo as partes pautarem-se pelo respeito e lealdade mútuos.

Poderão emergir algumas problemáticas subjacentes, merecendo particular destaque a que tocando sobretudo a liberdade de expressão do trabalhador, mas podendo também ter a ver com a reserva sobre a privacidade da sua vida privada, e que consiste na repercussão na relação laboral da conduta da sua vida externa ao exercício profissional, ligando-se esta, de um modo particular, àquela outra, e que não deixa de ser importante, controversa das restrições ao exercício pelo trabalhador do direito à liberdade de expressão e de informação.

O trabalhador no pleno uso dos seus direitos, e no caso em apreço do direito de liberdade de expressão, pode cometer uma infracção fora do local de trabalho que pode determinar uma reacção sancionadora por parte da entidade empregadora, e é o caso de um trabalhador que profira acusações falsas contra a entidade com a nítida intenção de o prejudicar, e é uma realidade que ao proceder desta forma estará a fazer da faculdade de se poder exprimir<sup>1089</sup>, porém, nada o limita que profira protestos, excepto considerações pessoais ou injúrias -, numa manifestação de protesto e que cumule exigências reivindicativas do foro laboral perante a entidade empregadora.

Não podemos descuidar que a existência de uma relação contratual entre o trabalhador e entidade empregadora gera um complexo de direitos e obrigações recíprocas que condiciona, também a terceiros, o exercício do direito à liberdade de expressão e informação, de forma que manifestações destes direitos que em outro contexto pudessem ser legítimas, não têm por que ser necessariamente no contrato de trabalho.

O artigo 20 da CE admite, na alínea a), do parágrafo 1, o reconhecimento e protecção do direito à livre expressão, e a Constituição espanhola estabelece por si só o limite dos direitos fundamentais, contudo em situações particulares este limite é derivado da própria

<sup>1088</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 466, 572, 573 e 574.

<sup>1089</sup> Cfr. Acórdão da Relação de Évora, de 13 de Abril de 1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 1993, Tomo II, pág. 301.

Constituição de forma mediata ou directa, quando encontra razões de protecção ou preservação não só de direitos constitucionais, bem como de outros bens constitucionalmente protegidos<sup>1090</sup>, e de facto constata-se a necessidade de preservar outros bens constitucionalmente protegidos.

Podemos admitir que a presunção de um contrato de trabalho é uma geradora de direitos e obrigações recíprocas, que aliás condiciona o direito de expressão, ou seja, mesmo que essa liberdade de expressão possa ser legítima, não deve entrar pela esfera jurídico-laboral<sup>1091</sup>, e de alguma forma pode existir uma qualquer motivação, ou por parte do trabalhador, ou pela parte do empregador de provocarem alterações<sup>1092</sup> no âmbito contratual, e que uma das partes julgue oportuno, numa eventual desvirtualização da boa fé contratual definida *ad initio*.

A jurisprudência espanhola tem mantido uma conduta de forma que os direitos fundamentais se devam aplicar nas relações entre particulares e no caso concreto na relação laboral, pois a celebração de um contrato de trabalho não pode implicar uma qualquer privação para o trabalhador, pois está que o artigo 38 da CE não legitima qualquer tipo de interferência na liberdade de expressão do trabalhador, o que parece uma clara admissibilidade por parte do TCE da eficácia horizontal directa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Contudo o dever de lealdade dos trabalhadores, foi em Espanha reaparecido e consolidado através da sentença 126/2003<sup>1093</sup> de 30 de Junho em que as declarações de um trabalhador a vários tipos de comunicação social incorreu o mesmo na transgressão da boa fé contratual e do dever de lealdade perante o empregador, justificando-se o seu despedimento com justa causa, tal como proclama a alínea d), do número 2, do artigo 54 do ETE.

De qualquer forma o TCE tem vindo a afirmar que o direito à liberdade de expressão reconhecido pelo supracitado artigo 20, reveste uma fonte específica na relação laboral, porque a boa fé, através da lealdade inter-partes, é o pilar acessório ao exercício desse mesmo

<sup>1090</sup> Cfr. Sentença do TC, 11/1981, 8 de Abril, *in* Boletín de Jurisprudência Constitucional, nº 2.

<sup>1091</sup> Cfr. Sentença do TC, 120/1983, de 15 de Dezembro *in* Boletín de Jurisprudência Constitucional, nº 33.

<sup>1092</sup> Cfr. Sentença do TC, 19/1985, de 13 de Fevereiro *in* Boletín de Jurisprudência Constitucional, nº 47.

<sup>1093</sup> Partindo da premissa jurisprudencial o TCE infere que: "(...) *la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22)*".

direito, isto é, o contrato de trabalho é gerador de compromissos inseridos nos direitos e obrigações que revestem a própria natureza do contrato.

Resulta que o equilíbrio existente entre trabalhador e empregador deve ser preservado no âmbito dos direitos da personalidade que caracteriza a boa fé, e tendo como objectivo comum essa mesma manutenção em *prol* do desenvolvimento e sustentabilidade salvaguardando sempre os interesses que lhe são comuns.

É vasta a jurisprudência do TCE no que diz respeito a sanções devidas a despedimentos de trabalhadores motivadas pela transgressão da boa fé tendo como consequência do exercício da liberdade de expressão, ponderadas que tenham sido a equidade valorativa dessa mesma liberdade de expressão, bem como as obrigações que a podem conformar, e como é evidente tem tido o legislador o cuidado de ponderar a dimensão da violação, através da veracidade dos factos, a eventual quebra de sigilo, e se a publicitação dessas manifestações se traduziram num prejuízo real para o empregador.

No conceito proclamado no artigo 20 da CE, a liberdade de expressão permite a análise crítica, seja trabalhador vs empregador ou empregador vs trabalhador -, ainda que a mesma possa ser, ou vir a ser, despropositada ou incómoda, sendo que salvaguardou o legislador espanhol qualquer tipo de ofensas, insultos<sup>1094</sup> ou desonras, perfeitamente descabidas e desnecessárias, e neste sentido é oportuno referir e a respeito do tema, o parágrafo 1, do artigo 20 da CE que não protege o suposto direito ao insulto enquanto liberdade de expressão.<sup>1095</sup>

A empresa enquanto sujeito com personalidade<sup>1096</sup> e capacidade jurídica, não está isenta aos direitos e liberdades dos trabalhadores enquanto cidadãos com direitos e obrigações no âmbito público, e não é o contrato de trabalho o veículo limitador da privação desse direito de expressão, sendo que, e enquanto trabalhadores, lhes é exigido o exercício desse direito com lealdade, e no caso com a boa fé<sup>1097</sup> que os direitos fundamentais exigem.

<sup>1094</sup> Cfr. SSTC 6/2000, de 17 de Janeiro; 49/2001, de 26 de Fevereiro; 204/2001, de 15 de Outubro, e 20/ 2002, de 28 de Janeiro.

<sup>1095</sup> Sobre o assunto: sentencia Otegi Mondragon c. España, TEDH (Sección Tercera), 8 de marzo de 2011.

<sup>1096</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Iniciação ao Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 1994, pág. 49, refere: “(...) a empresa deve ser reconhecida como efectiva comunidade ou grupo organizado de pessoas, voltadas à produção, comunidade essa em que há um estrato directivo e outro subordinado, e que é percorrida por tensões entre os elementos que a compõem”; de modo similar ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*. 19ª Ed., Cevitas, Madrid, 2001, pág. 170, referem: “(...) a empresa carece de personalidade jurídica, mas (...) será também uma instituição jurídica”; e no mesmo sentido: PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 315.

<sup>1097</sup> Cfr. STC 1/1998, de 12 de Janeiro.



Na relação laboral as manifestações da liberdade de expressão não têm que ter o mesmo conteúdo dogmático, que em outras circunstâncias poderiam ser legítimas, mas o simples facto da relação laboral estar envolvida por uma relação contratual através do princípio da boa fé é o suficiente para limitar o direito à livre expressão, pois se não se considerar este condicionalismo, mesmo enquanto direito constitucional, se se estimar um qualquer dano ao empregador, teremos um desvio iminente ao dever proclamado na CE.

Mas, não podemos considerar que uma qualquer limitação aos direitos consagrados na CE possa determinar uma violação pelo trabalhador, pois é perfeitamente admissível que um director ou trabalhador que desempenha um alto cargo de numa empresa utilize o direito de expressão para criticar a conduta empresarial, salvaguardando os excessos.

A proporcionalidade que se pode impor ao dever de lealdade e sobre a liberdade de expressão na perspectiva constitucional releva-nos para uma ponderação de aplicabilidade do conceito de proporcionalidade, que de qualquer forma e perante algumas doutrinas<sup>1098</sup>, a amplitude do tema posiciona-nos perante um condicionalismo de actuação do trabalhador na concretização dos pressupostos do contrato de trabalho, isto é, se o direito à liberdade de expressão é um valor constitucionalmente adquirido, o trabalhador enquanto cidadão está limitado à estrutura da empresa, em termos do poder de direcção -, não devendo sublevar atitudes verbais ou escritas sob o desígnio do direito constitucional<sup>1099</sup>, ou seja, a liberdade de expressão terá como limite do dever de lealdade, e deve ser praticado na vigência do contrato de trabalho, porém, e fora desta relação jurídico-laboral não se torna imperativa, e assim como não há direito absoluto, a liberdade de expressão pode sofrer restrições nas relações de trabalho, desde que se observem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, com o fim essencial de harmonizar os interesses sociais e preservar os direitos e garantias constitucionais.

A liberdade de expressão deve destacar-se como o direito assegurado àquele que manifesta as suas crenças e ideais, com maior abrangência possível, respeitados os limites do Direito, mas assegurando-se a divulgação de informações de conteúdo polémico ou

<sup>1098</sup> NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Particulares: Estudios Constitucionales Colección Estudios Constitucionales Series, Boletín Oficial del Estado, 2000 pág. 364.

<sup>1099</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.: *¿Una nueva constitucionalización del derecho del trabajo?* Ed. Relaciones Laborales, Revista Critica de Teoria e Prática, nº 12, Agosto de 2004, em que refere, que: “(...) trata-se, nas últimas décadas, de um movimento doutrinário não só espanhol, mas também europeu, de invocação dos direitos fundamentais e liberdades públicas para cumprir a finalidade de salvaguardar os valores de liberdade e igualdade nas relações laborais, bem como o valor de protecção aos trabalhadores”.

controverso. O direito à liberdade de expressão sofre restrições jurídicas, mas não a ponto de torná-lo inofensivo ou por demais ingénuo.

O trabalhador tem o direito de exprimir livremente as suas ideias e pontos de vista, inclusivamente sobre a actuação dos seus superiores hierárquicos, porém a crítica ou a afirmação de uma discordância não podem ser vistas como um defeito, mas sim como uma qualidade, desde que sejam feitas em termos construtivos, revelem preocupação pelo sucesso da empresa e não firam nem coloquem em causa a dignidade e os direitos dos interlocutores.

A empresa como organização produtiva ou de serviços, implica uma prática de respeito nas relações entre trabalhadores e superiores hierárquicos, mas isso não significa servilismo, proibição da crítica e da liberdade de expressão. A eventualidade de o trabalhador se obrigar a prestar a sua actividade sob as ordens e direcção de outrem em regime de subordinação jurídica não significa que lhe esteja vedada a possibilidade de expor e divulgar livremente no seu local de trabalho o seu pensamento e opinião acerca dos múltiplos aspectos da vida e sobre os problemas da empresa onde trabalha, sobretudo quando se trata de um trabalhador que exerça funções de responsabilidade.

Dentro dos limites do direito, expressos ou implícitos -, não pode haver obstáculos ao seu exercício e, fora as exclusões constitucionalmente admitidas, todos gozam dele em pé de igualdade, sendo que e na falta de uma cláusula de restrição dos referidos direitos, ele tem de ser pelo menos harmonizado e sujeito a operações metódicas de balanceamento ou de ponderação com outros bens constitucionais e direitos com eles coincidentes como a dignidade da pessoa humana, os direitos das pessoas à integridade moral ao bom nome e reputação, à palavra e à imagem, à privacidade, etc.

A liberdade de expressão não pode permitir que um trabalhador de um restaurante ostente perante os clientes um símbolo a dizer “*abaixo os ricos*”, ou um trabalhador bancário promova “*que o banco X oferece melhores condições*“, e em situações análogas o direito do trabalhador à imagem poderá ter que ceder “*perante interesses que corporizem o direito à imagem da própria empresa*”<sup>1100</sup>, ou ainda o sindicato e os representantes dos trabalhadores que distribuem material com conteúdo insultuoso e ofensivo à entidade empregadora, procedendo nos limites da liberdade de expressão e do exercício da actividade sindical<sup>1101</sup>, numa evidente deslealdade aos preceitos contratuais e excedendo o direito constitucional instituído.

<sup>1100</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 367.

<sup>1101</sup> Cfr. sentença TSE de 20/4/2005 (Rc 6701/03).

O exercício da liberdade de expressão deve cingir-se a critérios de comportamentos conforme as regras da boa fé, como aliás refere o artigo 7 do CCE, e é um limite comum a todos os direitos subjectivos, e que na relação jurídico-laboral tem uma especial exteriorização.

Da predominante relação contratual entre empregador e trabalhador emerge um conjunto de direitos e obrigações recíprocas, que pode por vezes, condicionar perante terceiros, o exercício do direito à liberdade de expressão, que ainda assim que legítimas, não têm necessariamente que imiscuir-se na relação laboral, e sendo a relação contratual determinada pela boa fé, não só na efectivação do dever de lealdade mas também nos excessos do abuso da confiança, pois tais atitudes do trabalhador podem descambar num dano moral ou material na esfera jurídica do empregador.

Como é óbvio, e apesar do direito que lhe assiste, o trabalhador deve cumprir lealmente as suas obrigações, pois opinar de uma forma desadaptada de conteúdo converte essa liberdade de expressão num ilícito, podendo estar em causa a responsabilidade contratual movida pelo incumprimento contratual, e a jurisprudência constitucional espanhola assim o vem manifestando.<sup>1102</sup>

No caso da liberdade de expressão e de informação, podemos encontrar a sua previsão legal reforçada no artigo 19 da DUDH, que expressa: *“Todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”*.

As sucessivas condenações que o Estado Português tem sofrido no TEDH, em particular nos casos em que se debate a eventual violação da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão, devem motivar uma profunda reflexão. O TEDH dá particular relevo à liberdade de expressão, o que resulta do disposto no artigo 10 da Convenção, em detrimento do direito à honra, quando está evidenciado um conflito de direitos. No fundo aquilo que está em causa é a diferente forma de ponderar os direitos em confronto e a forma como se aplicam os instrumentos jurídicos em questão.

Mas, e antes de analisar a jurisprudência relativa ao artigo 10 da Convenção, pode ser útil chamar a atenção para a abordagem interpretativa básica adoptada pelo TEDH na análise das questões relativas à liberdade de expressão.

---

<sup>1102</sup> Cfr. sentenças do TCE: 120/1983, FJ 2; 126/1990, FJ 4; 286/1993, FJ 4.

Esta abordagem é condicionada pelo papel da liberdade de expressão numa sociedade democrática, pela margem de discricionariedade dos Estados Contratantes e pela função de supervisão do próprio Tribunal, e tal abordagem interpretativa básica tem vindo constantemente a ser seguida pelo Tribunal na sua extensa jurisprudência.

Quanto ao papel da liberdade de expressão numa sociedade democrática, o TEDH salientou desde o início o importante papel desempenhado pela liberdade de expressão, e assim foi no antigo caso *Handyside*<sup>1103</sup>, em que determinou que as funções de supervisão do Tribunal obrigam-no a prestar a máxima atenção aos princípios caracterizadores de uma sociedade democrática. A liberdade de expressão constitui um dos alicerces fundamentais de semelhante sociedade, uma das condições essenciais do seu progresso e do desenvolvimento de cada pessoa. Sem prejuízo do disposto número 2, do artigo 10, aplica-se não apenas a informações ou ideias que sejam bem acolhidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também relativamente às informações e ideias que sejam ofensivas, mal acolhidas ou chocantes para o Estado ou para qualquer sector da população.

Assim devem ser salientadas as exigências do pluralismo, da tolerância e da abertura de espírito sem as quais não existe uma sociedade democrática, e isto significa, entre outras coisas, que quaisquer formalidades, condições, restrições ou sanções impostas nesta esfera deverão ser proporcionais ao fim legítimo prosseguido.

A liberdade de expressão não tem como limite absoluto o bom nome e a reputação de terceiros quando se trata de questões de interesse geral, contudo na divulgação de informações deve o jornalista proceder de boa fé, de modo a fornecer informações exactas e dignas de crédito, observando os princípios de deontologia que regem a sua actividade.

Entre os direitos fundamentais da UE, que o TEDH reconheceu a análise valorativa de direito comparado quer tomando em consideração as convenções internacionais e europeias

---

<sup>1103</sup> No caso *Handyside* contra Reino Unido de 1976, (07/12/1976) os demandantes, uma empresa editorial, publicaram “*The Little Red Schoolbook*”, destinado aos estudantes de 12 anos ou mais. O livro continha capítulos sobre sexo, incluindo subsecções sobre questões tais como os anticoncepcionais, a pornografia, a homossexualidade e o aborto, bem como direcções para obter ajuda e assessoramento sobre assuntos sexuais. O livro havia sido publicado primeiro na Dinamarca e posteriormente em vários países europeus e não europeus. Depois de receber uma série de denúncias, as instalações dos demandantes foram invadidas e os exemplares do livro foram confiscados. Os demandantes foram citados por um tribunal e declarados culpados da posse de livros obscenos para publicação com fins de lucro. Eles foram multados e ordenados a pagar as custas processuais. O tribunal também emitiu uma ordem de destruição dos livros pela polícia. A condenação foi confirmada na segunda instância e os livros foram destruídos. Posteriormente, foi publicada uma edição revista do livro, após sofrer alterações de texto e eliminadas algumas cláusulas ofensivas.

em matéria de direitos do Homem, contam-se os direitos fundamentais e do Homem que caracterizam as sociedades liberais e democráticas, tais como a liberdade de expressão<sup>1104</sup>.

Em 2007 o Estado português foi condenado por violação do direito à liberdade de expressão<sup>1105</sup>. De acordo com a notícia, o TEDH entendeu que a justiça portuguesa violou o art. 10 da CEDH<sup>1106</sup>, que garante a todas as pessoas a liberdade de expressão. Porém, esta decisão não é inédita, pois já em 2005, o TEDH tinha sancionado o Estado português por violação do direito à liberdade de expressão por haver condenado o director do jornal *Voz do Nordeste* por difamação num artigo de opinião. Estas duas notícias apresentam casos em que as decisões do TEDH são contrárias às dos tribunais nacionais.

Embora a comunicação social dê alguma visibilidade aos casos julgados no TEDH em que o Estado português é condenado, não existem reflexões académicas sobre o impacto que esta visibilidade tem quer na definição de políticas públicas de direitos humanos, quer na alteração do próprio ordenamento jurídico.

Da análise do supracitado artigo 10 da CEDH entende-se que a liberdade de expressão, tal como esculpida, abarca tanto a liberdade de opinião quanto a liberdade de informação, o que explica a razão da jurisprudência consolidada do TEDH ter avistado em tal artigo o preceito a proteger a liberdade de imprensa, uma vez que a liberdade de imprensa abrange seja a liberdade de opinião jornalística, seja a liberdade informação jornalística propriamente dita.

No referido dispositivo da Convenção, o TEDH descortinou o respaldo normativo para a protecção das fontes jornalísticas, vislumbrada pelo TEDH como condição *sine qua non* para a liberdade de imprensa, e sem essa salvaguarda, as fontes podem ser obstadas de assistir que a imprensa possa informar acerca de matérias de interesse público, o que prejudicaria a função fiscalizadora dos meios de comunicação social e a capacidade destes de proporcionarem ao corpo social informações precisas e confiáveis.

Em virtude da relevância que possui a protecção das fontes jornalísticas para a liberdade de imprensa numa sociedade democrática e do potencial efeito inibitório que uma ordem de quebra de sigilo jornalístico teria sobre o exercício dessa liberdade, a jurisprudência

<sup>1104</sup> Cfr. Acórdão do TEDH de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Recueil, pág. 19.

<sup>1105</sup> “Futebol: Tribunal Europeu dá razão a José Manuel Mestre em caso de difamação”; *Jornal Público*, 26 de Abril de 2007.

<sup>1106</sup> A liberdade de imprensa constitui um dos elementos fundamentais da liberdade de expressão, e a jurisprudência do TEDH considera que o artigo 10 da CEDH é aplicável tanto à imprensa escrita (caso SUNDAY TIMES de 29/04/1997, A, 30, par. 65), porém, e tal como todas as restrições a direitos, também as excepções à liberdade de expressão devem sofrer uma interpretação restrita; quanto ao áudio visual, (caso Jersild, de 23/09/1994, A, 298, par. 31), isto é, a liberdade de imprensa fornece aos cidadãos um dos melhores meios de conhecer e de julgar as ideias e as atitudes dos seus dirigentes.

pacífica<sup>1107</sup> do TEDH tem considerado incompatíveis com o direito à liberdade de expressão previsto no artigo 10 da CEDH as determinações estatais de quebra de sigilo jornalístico, salvo se justificáveis diante de uma preponderante exigência do interesse público.

O jornalista enquanto trabalhador por conta de outrem, desempenha através das notícias um papel eminente numa sociedade democrática, se não ultrapassar certos limites tendentes nomeadamente à protecção da reputação e dos direitos de outrem bem como à necessidade de impedir a divulgação de informações confidenciais, incumbe-lhe todavia, comunicar, no respeito pelos seus deveres e responsabilidades, informações e ideias sobre qualquer questão de interesse geral.

Resta indagar se a ingerência em causa será "*necesária numa sociedade democrática*"; porém o TEDH relembra a este propósito que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e que as garantias a conceder à imprensa revestem-se pois de uma importância particular.<sup>1108</sup>

O trabalho subordinado deve sofrer a ponderação do razoável e do exagero no que concerne à liberdade de expressão, e considere-se o caso do jornalista espanhol que foi despedido pela entidade empregadora na sequência de ter proferido declarações que foram consideradas ofensivas numa evidente falta de lealdade<sup>1109</sup>; o caso foi apreciado pelo TEDH tendo em consideração dois pressupostos: se a sanção era proporcionada e os motivos invocados como justificativos eram suficientemente pertinentes.

O TEDH não pondo em causa as conclusões das jurisdições espanholas, segundo as quais as declarações proferidas pelo trabalhador eram atentatórias da honra e bom nome de

<sup>1107</sup> A jurisprudência do TEDH (Grande Câmara, *Goodwin v. the United Kingdom*, § 39; Terceira Secção, *Voskuil v. The Netherlands*, § 65, e *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands* § 54, d; Quarta Secção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, § 46, e *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 59; Primeira Secção, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*), tem considerado incompatíveis com o direito à liberdade de expressão previsto no artigo 10 da CEDH as determinações estatais de quebra de sigilo jornalístico, salvo se justificáveis diante de uma preponderante exigência do interesse público, harmonizadas com os requisitos do artigo 10-2 da Convenção.

<sup>1108</sup> Entre outros, os Acórdãos *Worm vs. Áustria*, de 29 de Agosto de 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V, págs. 550-1551, § 47; *Fressoz e Roire vs. França* [GC], n.º 29183/95, § 45, TEDH 1999-1.

<sup>1109</sup> Caso *Fuentes Bobo c. España*, Acórdão de 29 de Fevereiro de 2000, do TEDH: "(...) en el Asunto Fuentes Bobo contra España, donde un presentador de televisión es despedido y, tras haber realizado manifestaciones críticas hacia la organización y gestión de la televisión pública en diversos programas de radio, condenado por deslealtad y ofensas hacia la empresa, el TEDH, atendiendo a que le fue impuesta la mayor sanción posible de acuerdo con la legislación española y teniendo en cuenta que las expresiones emitidas en un programa de radio se insertaban en el marco de ese conflicto laboral, consideró desproporcionadas las sanciones y contrarias al art. 10 CEDH"; citando *Nilsen e Johnsen c. Noruega*, Acórdão de 25 de Novembro de 1999; *Jersild c. Dinamarca*, Acórdão de 23 de Setembro de 1994, Série A, n.º 298; *Janowski c. Polónia*, Acórdão de 21 de Janeiro de 1999.

terceiros, devia apurar se a sanção aplicada ao trabalhador era proporcional ao fim legítimo protegido e portanto, “*necessária numa sociedade democrática*”.

O facto de o trabalhador ter reiterado e feito suas as expressões utilizadas pelos locutores de rádio, dirigindo-se aos directores da empresa, sua empregadora, como sendo “*sanguesugas*” e acusando-os de “*se estarem a borrifar para os trabalhadores*” pode ser considerado como ofensivo, justificando, sem dúvida, a aplicação de uma sanção disciplinar, de acordo com o artigo 10 da Convenção.

No contexto particular em que se inscreviam as declarações em causa, proferidas no âmbito de um largo e apaixonado debate público sobre a gestão da empresa empregadora do trabalhador, a sanção aplicada (despedimento), sendo a mais grave e tendo em consideração a antiguidade do trabalhador na empresa e a sua idade, revestiu-se de uma extrema severidade, se se atender a que existiam outras sanções disciplinares possíveis, menos gravosas e mais adequadas, porém, a por a ingerência denunciada corresponder a uma “*necessidade social imperiosa*”, a gravidade da sanção disciplinar implicou não se verificar uma relação de razoável proporcionalidade entre a sanção imposta ao trabalhador e o fim legítimo prosseguido, pelo que houve violação do artigo 10 da Convenção.

A liberdade de expressão representa um direito fundamental dos cidadãos, e é condição inerente e indispensável à caracterização e à preservação de sociedades livres, organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático, e o poder judicial, por isso mesmo, não pode ser utilizado como instrumento de injusta restrição a essa importantíssima regalia individual cuja legitimidade resulta da própria declaração constitucional de direitos.<sup>1110</sup>

A liberdade de manifestação do pensamento traduz um privilégio político-jurídico que representa, no seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade, por tal razão, inclusive a autoridade judicial, pode prescrever (ou impor), segundo suas próprias convicções, o que será ortodoxo em política ou laboral, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou

---

<sup>1110</sup> O TCE faz referência à doutrina emanada pelo TEDH sobre o assunto (*Handyside* – 7 de Dezembro de 1976), para deixar bem claro que a liberdade de expressão também ampara aquelas informações ou valorações que resultem incómodas ou desfavoráveis; é relevante também recordar a sentença do TCE 6/1988 de 21 de Janeiro, que refere o despedimento justificado por uma eventual deslealdade e abuso de confiança de um trabalhador, em que o TCE recorre ao argumento do caso “*Lingens*” do TEDH para diferenciar a liberdade de expressão e o direito de informação, sendo que este se refere a feitos comprovados enquanto que a liberdade de expressão em sentido restrito inclui a valoração de juízos de valor e como tal não são susceptíveis de se submeterem a critérios de veracidade.

confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.

O exercício regular do direito de análise, que configura directa emanção da liberdade constitucional de manifestação do pensamento, ainda que exteriorizado em entrevista jornalística ou artigo de opinião, não importando o conteúdo amargo das opiniões nela externadas, não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão, qualificando-se, ao contrário, como verdadeira excludente psicológica, que actua, em tal contexto, como factor de descaracterização do intuito doloso de ofender.

O dever de lealdade na liberdade de expressão, como e afinal perante os direitos fundamentais do trabalhador deve ter uma actuação com atitude proporcional e condicionadora desses mesmos direitos, e como tal não é um direito ilimitado.<sup>1111</sup>

### ***5. Dever de lealdade e os direitos de manifestação e reunião***

A natureza social do trabalhador, e enquanto cidadão de plenos direitos, permite-lhe a propagação das suas ideias e como tal a liberdade de manifestação e reunião, ou seja, é um dos meios que o trabalhador dispõe, para nomeadamente fazer a afirmação das suas crenças e reivindicar os seus direitos, quando licitamente exercidos, pois é um direito consagrado constitucionalmente.

Se a manifestação adoptar comportamentos de facto, concretizados em actos lesivos para com o empregador, então não será “*pacífica*” e perderá assim a sua protecção constitucional, e obviamente a protecção jurídico-laboral, pois o contrato de trabalho, enquanto relação obrigacional determina o cumprimento da regra da boa fé, e consequentemente do dever de lealdade.

No âmbito do direito privado existe liberdade de manifestação e reunião, como aliás se infere do artigo 45 da CRP, sendo que previamente convocadas e autorizadas pela empresa, não permite interferência externa, e são compreendidas como um direito à liberdade dos trabalhadores, decompondo-se em três vertentes: liberdade de promoção, convocação e organização do tempo e local das reuniões e manifestações; liberdade de participação (ou não participação), e realização concreta e actual de reuniões e manifestações.<sup>1112</sup>

<sup>1111</sup> Cfr. Sentencia do TC de 88/1985, de 19 de Julho.

<sup>1112</sup> MIRANDA, JORGE, e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 464.



O CTP não especifica, mas o empregador tem também direito a requer reuniões aos trabalhadores, pois é uma garantia de interesse privado, bem como pode solicitar opiniões e em geral a intervenção das comissões de trabalhadores, não podendo estas por isso “*recusar-se*”<sup>1113</sup>, ou seja, apesar de não ter o legislador previsto esta circunstância, é o domínio da lealdade que configura esta dimensão entre as partes.

Sendo um direito individual ou colectivo, como aliás prevê o artigo 461 do CTP, e que apesar do direito de realizar reuniões e manifestações seja de exercício colectivo, ainda que a sua titularidade seja individual, devem os pressupostos enunciados no parágrafo anterior ser comunicados ao empregador de forma atempada, sensata e de uma forma geral com a lealdade pertinente aos factos invocados, de maneira a não prejudicar o perfeito funcionamento da produtividade da empresa.

Colocados que estamos, e invariavelmente, entre os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e devemos excluir a “*participação política*” por motivos óbvios -, os direitos de manifestação e reunião apresentam-se assim, constitucionalmente, como direitos gerais dos cidadãos enquanto tais, independentemente das suas funções e das suas dimensões particulares. Contudo, o direito de reunião e, em particular, o direito de manifestação estão ligados, *funcional e teleologicamente*<sup>1114</sup>, à formação da opinião pública, que, por sua vez, constitui um pressuposto necessário do Estado de direito democrático. É por isso que esses direitos podem ser englobados entre os direitos fundamentais democráticos.

Os direitos de manifestação e reunião, e apesar de diferentes, considerando que o direito de reunião é um direito iminentemente colectivo, como já sublinhámos e pode ser exercido, seja na empresa, seja em público, o direito de manifestação não é propriamente um direito colectivo, porém o seu conceito de actuação implica a transmissão de uma ideia, um credo, que objectivamente poderá ter repercussões perante o empregador, o que, e numa conclusão premeditada, que o seja, traduz dois conceitos com um mesmo objectivo, a concretização de uma necessidade, e poder-se-á inferir que a manifestação é uma reunião qualificada.<sup>1115</sup>

Porém, e a circunstância de o artigo 45 da CRP não prever a possibilidade de restrição legal do direito de manifestação não implica que se trate de um direito absoluto, pois esta interpretação seria desde logo “*impraticável, pela simples razão que o normal exercício*

<sup>1113</sup> PINTO, M.: *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, 1996, pág. 258.

<sup>1114</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª Ed., Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 253.

<sup>1115</sup> MIRANDA, JORGE, e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág. 464.

*desses direitos colide normalmente, de forma inevitável, com o exercício dos mesmos ou outros direitos fundamentais dos outros cidadãos”.*<sup>1116</sup>

É oportuno realçar que se torna sensato que as manifestações estejam sujeitas a condicionamentos mais estreitos que as reuniões *stricto sensu*, na medida em que aquelas podem colidir com um conjunto mais vasto de direitos merecedores de tutela, como sejam a liberdade de circulação, o direito ao ambiente ou o direito de manifestação de outras pessoas, bem como com a ordem e tranquilidade na empresa<sup>1117</sup>, de qualquer forma, as restrições que possam subsistir, não relevam o condicionalismo dos direitos de manifestação ou reunião, e é importante desde já referir que este conceito está em perfeita consonância com a doutrina espanhola segundo o qual deve prevalecer um critério de interpretação de benefício como condição de salvaguarda do núcleo essencial dos direitos de manifestação e reunião<sup>1118</sup>, como está vertido pelo TCE.

Nos direitos de manifestação e reunião, dever-se-á considerar o número 2, do artigo 18 da CRP que limita ao necessário a salvaguarda de outros direitos constitucionais previstos, bem como refere o número 2, do artigo 29 da DUDH, que permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores aí enunciados: *“direitos e liberdades de outrem”, “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática”*, e como ainda refere o número 2, do artigo 16 da CRP os preceitos constitucionais e legais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH, isto no que diz respeito aos direitos fundamentais, pelo que se pode afirmar que pelo facto de existirem restrições a um direito fundamental tal não implica necessariamente uma violação, poder-se-á afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de ilimitados, pois, além dos limites internos, que resultam do conflito entre os valores que representam as diferentes facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm limites externos, uma vez que têm de conciliar as suas naturais exigências com as que são próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou a moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, a lealdade, etc.

<sup>1116</sup> NOVAIS REIS, J.: *Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizados pela Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 368.

<sup>1117</sup> MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edição, 2003, pág. 492.

<sup>1118</sup> Neste sentido, e cfr. MURO TORRES, I.: *El Derecho de Reunión y Manifestación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 99 e 136; e CASTAÑO PEREZ, D.: *Regímen Jurídico del Derecho de Reunión y Manifestación*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997, pág. 270.

Na realidade, o direito de manifestação e reunião previstos na CRP, sendo um direito que assiste ao cidadão enquanto trabalhador não é universal na sua aplicação, pois a bastante existência de um contrato de trabalho condiciona, ou pode condicionar, a forma de exercer tais direitos, pois é através do tratamento obrigacional resultante do vínculo laboral que as partes devem na relação jurídica existente, tratarem-se com urbanidade e lealdade, devendo empregador como responsável, ainda, propiciar ao trabalhador as boas condições de trabalho, de forma a exercer os seus direitos em ambiente saudável e seguro.

E apesar de o CTP não fazer uma referência determinantemente objectiva na relação individual, remete-nos para a relação colectiva o privilégio destes deveres, contudo e se procedermos a um aprofundamento do artigo 14 do CTP, é na própria liberdade de opinião que está subjacente o direito de se manifestar e reunir, não esquecendo que este direito estará, tanto individualmente, quanto colectivamente, sujeita ao princípio da boa fé contratual, e recorde-se, o trabalhador enquanto tal, é por razão, no direito colectivo um elemento como tal, obrigado que está ao cumprimento do contrato de trabalho.

No artigo 21 da CE reconhece-se o direito à reunião, e perante a violação do preceituado aplicar-se-ão os mecanismos de protecção em defesa desses direitos, remetidos pela alínea f) do número 1, do artigo 4 do ETE, que por sua vez determina como direito básico aos trabalhadores de se reunirem, ficando deste modo salvaguardado o exercício no âmbito laboral, ou seja, poder-se-ia dizer que ao trabalhador é-lhe permitido um direito genérico.

Não prevêem os preceitos enunciados a peculiaridade do direito à manifestação, mas induzidos pela etimologia das palavras, facilmente se pode concluir que um trabalhador individualmente pode permitir-se a uma reunião com o empregador tendo como objectivo a possibilidade de um qualquer assunto de interesse mútuo, e que se desenrola num determinado momento e é limitada no tempo, ou colectivo, e sendo colectivo, manifestar-se-á através de uma assembleia de trabalhadores dos propósitos do direito que lhes assistem na empresa, ou seja, o direito a uma reunião não prevê determinações próprias, porém o exercício colectivo está estruturado por um grupo de trabalhadores com uma vontade colectiva interpretada pelos interesses da empresa e dos trabalhadores, e daí que o disposto na alínea f) do número 1, do artigo 4 do ETE transponha em princípio, para o artigo 77 do ETE a correcta ideia do legislador, porque de facto, o direito de reunião que na realidade é uma acção colectiva, trata-

se de um direito de titularidade individual do trabalhador, que a própria CE concede, bem como os titulares dos direitos de reunião são os trabalhadores da empresa.<sup>1119</sup>

O exercício do direito de reunião compromete a obrigação do empregador de ceder um local para que se possa realizar a reunião, e não mais é que um dever de conduta leal de quem possui o poder de direcção, tendo em consideração que essa utilização seja em conformidade com o número 1, do artigo 77 do ETE, e a este propósito considerando o princípio de liberdade que assiste ao trabalhador de poder reunir no interior da empresa, deve-se ao empregador não só o cumprimento do estipulado pela lei, conceptualizado que está numa atitude leal entre as partes.

O empregador ao tomar conhecimento da petição dos trabalhadores está obrigado ao cumprimento dos requisitos estabelecidos, e esta formalidade é de relevante importância, porque o incumprimento, por negligência ou dolo, implica consequências para o mesmo.

Quanto ao direito de manifestação, o TCE e que é uma fonte de jurisprudência nesta matéria, é determinante para uma melhor compreensão quando refere que: “(...) *é uma manifestação colectiva de liberdade de expressão exercida através de uma associação transitória de pessoas*”<sup>1120</sup>, bem assim como TEDH.<sup>1121</sup>

Na realidade o artigo 21 da CE considera somente o direito de reunião, mas a jurisprudência<sup>1122</sup> espanhola permite a interpretação da modalidade do direito de manifestação enquanto variável do preceituado no referido artigo.

O TCE destacou que: “(...) *o direito de reunião surge como um direito autónomo, intermédio entre os direitos de livre expressão e de associação e mantém uma relação muito próxima com eles (...) o direito de reunião é uma manifestação colectiva da liberdade de expressão exercida através de uma associação transitória*”<sup>1123</sup>, pelo que podemos afirmar que perante o direito de manifestação e direito de reunião existe uma conexão fundamentada na possibilidade de entre trabalhadores e empregadores, estar vedado qualquer imoralidade, pois sendo bens constitucionalmente protegidos, só uma atitude leal é que pode comprometer o sucesso da relação laboral. O exercício do direito de reunião<sup>1124</sup> e o direito de manifestação exigem certas peculiaridades, e entre elas, e em nossa opinião, uma estreita colaboração mútua

<sup>1119</sup> GONZALEZ LÓPEZ, J. L.: *El Derecho de Reunión y Manifestación en el Ordenamiento Constitucional Español*, Ed. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pág. 219.

<sup>1120</sup> Cfr. STC 195/2003, de 27 de Outubro.

<sup>1121</sup> “(...) *la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión*”, in *Caso Stankov*, Sentença de 13 de Fevereiro de 2003, pág. 85.

<sup>1122</sup> Cfr. STS de 26 de Junho de 1991.

<sup>1123</sup> Cfr. STC 85/88 de 28 de Abril, J.C., Tomo 20, Março 1989, F.J.1, pág.1017.

<sup>1124</sup> Cfr. STC 18/81 de 8 de Junho, J.C., Tomo 2, Dezembro 1982, F.J., 2,3,4, pág. 37-39.

entre trabalhadores, ou os seus representantes, e empregadores, pois é forma “saudável” de exercitar a boa fé.

## ***6. Dever de lealdade e liberdade ideológica e convicções***

O consenso sobre as ameaças à liberdade religiosa é de tal modo amplo e a hostilidade contra as convicções e ideologias, é vista com tanta despreensão que não é difícil aos decisores jurídicos europeus fazer aprovar, com mínima resistência, jurisprudência, por vezes altamente restritivas da liberdade religiosa de crenças minoritárias, proibindo e até criminalizando aspectos da prática religiosa que não podem deixar de considerar-se abrangidos pela liberdade de religião e de culto, reconhecida por todos os Estados-membros nas suas ordens jurídicas internas e consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Estas resoluções, a justo título apontadas como discriminatórias e contrárias à liberdade religiosa dos cidadãos, têm conseguido superar o escrutínio dos órgãos de controlo político e jurisdicional dos Estados, que se mostram particularmente sensíveis aos argumentos da segurança pública e da igualdade de género.

Nada que possa surpreender-nos, e interessa agora saber o que dirá sobre o assunto o TEDH, cuja deferência para com a margem de apreciação dos Estados em matéria de regulação do exercício da liberdade religiosa e frequentes comentários depreciativos sobre algumas profissões religiosas, e o Islão em particular, ajudam a explicar a escalada restritiva que alguns governos europeus têm vindo a permitir-se nos últimos anos.

Porém, devemos aqui ponderar nas palavras do TEDH que diz que “*o dever de neutralidade e imparcialidade do Estado é incompatível com qualquer poder da parte do Estado de aferir da legitimidade das crenças religiosas e da forma como são expressas*”<sup>1125</sup>, e esta afirmação parece ser particularmente importante quando se trata de indumentária religiosa e de símbolos religiosos já que se evidencia a necessidade de permitir aos indivíduos determinar o valor ou o significado que estes assumem para eles.

---

<sup>1125</sup> Cfr. o caso de *Manoussakis and Others v. Greece*, Application nº 18748/91, 26 Setembro 1996, texto integral disponível em [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), consultado em Abril de 2013. Neste caso, quatro cidadãos, Testemunhas de Jeová, arrendaram salas para servir como templo de oração. Contudo, a Constituição grega prevê que, para a edificação de igrejas, é necessária autorização expressa das autoridades locais, o que levou a que aquelas salas fossem seladas. Os requerentes alegavam que as autoridades gregas vinham demonstrando uma tendência para restringir as actividades de outras confissões que não a Igreja Ortodoxa, confissão maioritária na Grécia.

Os crentes, e no caso em particular, os trabalhadores de uma determinada confissão religiosa podem sentir-se ofendidos quando sentem que a sua identidade ou a da sua comunidade está a ser atacada, “*se a religião em questão, os seus fundadores ou os seus símbolos sagrados são sujeitos ao ridículo ou o vilipêndio público*”.<sup>1126</sup>

O artigo 13 da CRP, estabelece o princípio da igualdade e resulta deste preceito que todos os cidadãos possuem a mesma dignidade social e são iguais perante a Lei, e como consequência ninguém pode ser *beneficiado, privilegiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, raça (... ) convicções políticas ou ideológicas, religião (...)*, ora, é pacificamente entendido que este princípio subentende uma igualdade material que se reporta à realidade social, e não a uma igualdade formal, “*massificadora e uniformizada*”<sup>1127</sup>, o que implica que se trate por igual o que é essencialmente igual e desigualmente o que é essencialmente desigual, daí que o princípio em causa de forma ampla proíba as discriminações.

O Direito ao Trabalho, para além de direito fundamental económico previsto no artigo 58 da CRP, e está consagrado a nível internacional, nomeadamente no número 1, do artigo 23 da DHDH, e bem assim como, e seguindo o corolário previsto pela igualdade, prevê o número 1, do referido preceito constitucional que “*todos têm direito ao trabalho*”, ora no quadro constitucional dos direitos fundamentais, o Direito do Trabalho encontra-se na mesma linha do direito à vida, ou seja, o direito ao trabalho constitui de alguma forma um pretexto e um factor precedente de todos os outros direitos económicos, culturais e sociais, e como é através da razão de um contrato de trabalho, que se tem trabalho, obviamente que essa será a razão de ser da sobrevivência do ser humano enquanto trabalhador, logo é a razão de ser do próprio direito à vida.<sup>1128</sup>

Também no artigo 53 da CRP está definido um quadro normativo que estabelece a garantia aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa, ou por motivos políticos ou ideológicos, e sendo normas de carácter imperativo, obrigam o empregador a um vínculo nas relações recíprocas o que desde já denota a obrigatoriedade do dever de lealdade, e estes preceitos constitucionais pela sua eficácia

<sup>1126</sup> Cfr. *Living together – Combining diversity and freedom in 21st century Europe*, Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe, disponível em [book.coe.int](http://book.coe.int), consultado em Abril de 2013. E neste relatório afirma-se também que “*nem o Islão, nem outra religião pode ser considerada a priori incompatível com os valores europeus*”.

<sup>1127</sup> Cfr. Tribunal Constitucional, nomeadamente no Acórdão 313/89, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 13.º Vol., Tomo II, págs. 917 e ss.

<sup>1128</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 3ª Ed., revista, pág. 315.

horizontal, isto é, os direitos fundamentais elencados na relação jurídico-laboral aplicar-se-ão designadamente a quem tenha uma situação de poder de direcção, conforme o caso do “*empregador para o trabalhador*”.<sup>1129</sup>

No contrato de trabalho a aplicação directa destes direitos é um resultado natural da própria essência prevista no artigo 12 do CTP, perante as razões de instabilidade jurídica, económico e social que lhe está implícito, pois uma estrutura empresarial não “*vive*” alheia ao universo que a rodeia, e não poderá o empregador alhear-se livremente a esta conjuntura dos direitos fundamentais.

Podemos afirmar convictamente que a liberdade ideológica<sup>1130</sup> e religiosa<sup>1131</sup>, no sentido que o trabalhador leva consigo, são inseparáveis do cidadão, que pode exercê-los ou reclamar o respeito por esses direitos a todo o momento, e o exercício desses direitos só se evidencia em afinidade com a existência de uma relação de trabalho<sup>1132</sup>, com uma dinâmica populacional humana diversa, como é o caso de Portugal, e é frequente o conflito de interesses entre empregador e trabalhador relativos, aos horários de trabalho, à objecção de consciência, relativas a prescrições religiosas, deveres de culto<sup>1133</sup>, motivações políticas ou rejeição de serviços que possam comprometer questões éticas e deontológicas intrínsecas a algumas profissões, razões suficientes para que a razão original de uma boa fé contratual se possa dissipar e, até anular, sendo comum, tanto em Portugal como em Espanha, que o preceito da liberdade religiosa adquira uma especificidade mais relevante nas relações laborais; a forma de evitar estes conflitos é ser leal, sendo que o dever de lealdade possa ter uma certa abnegação que não se esgota em os evitar, e exige que perante interesses incompatíveis, que o

<sup>1129</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, pág. 92.

<sup>1130</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *Derechos Fundamentales del Trabajador, Poderes Empresariales y Contrato de Trabajo*, AA.VV, Estudios en homenaje al Prof. Alonso Olea, MTAS, 2003, pág. 548 e ss.

<sup>1131</sup> Há autores que preferem: crenças, convicções, fé. Em nossa opinião, o direito de ter convicções protege o foro íntimo, isto é, o domínio das convicções pessoais e das crenças religiosas, devendo o empregador admitir o princípio da neutralidade em relação às convicções morais e políticas do trabalhador; o Comité de Direitos Humanos considera que a liberdade religiosa não se limita às religiões tradicionais, mas abrange também os ateus e os agnósticos; (O direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião é referido nas comunicações individuais e nos Comentários Gerais do Comité de Direitos Humanos, a exemplo do Comentário Geral nº 22 de 30/07/1993 – [CCPR/C/21/Ver. 1/ADD.4.PAR.1], acedido em 12 de Abril de 2013.)

<sup>1132</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed. revista, Coimbra Editora, 1993, pág. 113, “(...) quase todos os ‘direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’, a excepção é o direito à segurança no emprego consagrado no artigo 53 da CRP, são direitos colectivos ou de organizações de trabalhadores e não direitos individuais ou de exercício individual”.

<sup>1133</sup> Cfr. artigo 14 da Lei da Liberdade Religiosa (LLR), aprovada pela Lei 16/2001, de 22 de Junho: dispensa de trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso.

empregador possa privilegiar o interesse patrimonial à custa de outros interesses, o que em princípio, a forma de evitá-los seja a preponderância de uma relação de confiança recíproca.

Acontece que no ordenamento jurídico português, não se encontram previstas as consequências do despedimento discriminatório<sup>1134</sup>, – excepção feita ao Decreto-Lei 392/79, de 20 de Setembro, sobre igualdade e não discriminação em função do sexo –, erguendo-se em face do teor do artigo 53 da CRP, um problema de inconstitucionalidade por omissão.

No que concerne ao contrato de trabalho e como resulta do número 1, do artigo 18 da CRP, os preceitos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais são directamente aplicáveis e vinculam, para além das entidades públicas, também as entidades privadas, e daí que o carácter privado do contrato de trabalho, não afasta a subordinação à CRP, e por tal facto tenhamos que incluir as variáveis dos direitos fundamentais e a própria respeitabilidade na pessoa do trabalhador, sendo que, persiste na relação laboral o poder de direcção e disciplinar do empregador como corolários da subordinação jurídica do trabalhador, que como é natural não podem servir de limitação discricionária dos direitos até agora elencados e constitucionalmente acautelados.

O direito que assiste ao trabalhador à intimidade da sua vida pessoal, que lhe garanta a liberdade ideológica e religiosa estão inquestionavelmente interligadas e são de aplicabilidade imediata junto da empresa, e como tal resulta que a CRP exija esse cumprimento, assim como compete ao Estado o cumprimento destes princípios constitucionais através de uma atitude preventiva, fiscalizadora e coerciva, no cumprimento do contrato de trabalho, pois não devemos olvidar que é através das regras impostas pelo CTP, e realcemos que é proibido ao empregador opor-se por qualquer forma, que exerça os seus direitos, ou seja, se existe a obrigatoriedade de lealdade por parte do trabalhador, esta reciprocidade manter-se-á, nomeadamente pelo dever geral das partes terem uma atitude consentânea com a boa conduta.

Esta interacção do poder de direcção do empregador e a liberdade religiosa, pode e deve denotar a referida reciprocidade como aliás está bem determinado pela sentença do STSJ de Madrid de 27 de Outubro de 1997; é relevante acentuar que o dever de informação torna-se assim essencial no momento capitular da contratação pelo que é exigível uma “*conduta especial de lealdade e boa fé*”.<sup>1135</sup>

<sup>1134</sup> “Não são consideradas discriminatórias as disposições de carácter temporário que estabeleçam uma preferência em razão do sexo, imposta pela necessidade de corrigir uma desigualdade de facto, bem como as medidas que visam proteger a maternidade enquanto valor social”.

<sup>1135</sup> RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A.: *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Colección de Estudios, nº 9, 2009, pág. 77.



O cidadão, pelo facto de ser trabalhador sujeito que está ao cumprimento de um contrato de trabalho, não pode deixar de manter os seus direitos civis e políticos como outro qualquer cidadão, e as restrições não podem ultrapassar aquelas que derivam da necessidade de cumprimento do contrato, pois a liberdade ideológica e religiosa do trabalhador jamais pode encontrar na estrutura empresarial qualquer motivação que o impeça de exercer o objecto do contrato.

A sensibilidade desta matéria pode remeter-nos para uma outra questão que é o facto de e perante o legítimo poder de direcção do empregador e dentro dos limites da boa fé contratual, e nos mais elementares deveres que lhe assiste e ainda pelo respeito das garantias do trabalhador, a possibilidade de poder haver um eventual incumprimento do acervo desta liberdade, e considere-se que a CRP dispensa uma cuidada atenção no domínio das relações laborais, e perante um regime amplo de liberdade religiosa que grassa em Portugal, supõe-se que haja uma protecção do cidadão perante questões de ideologia ou religião<sup>1136</sup> desde o processo de selecção e que se prolongam durante a manutenção do contrato de trabalho, exigindo deste modo uma compatibilização da entidade empregadora como garante de protecção dessa mesma liberdade. O artigo 14 da LLR<sup>1137</sup> pode colocar em questão a liberdade da prática religiosa, porque a má fé do empregador poderá impedir, violando os preceitos normativos que temos vindo a enunciar, da cabal concretização desse direito, e bastará uma alteração de horários para que aconteça; ora, a liberdade religiosa, na sua vertente individual, contém, entre outras, a liberdade de observar dias de descanso e de celebrar as festas e cerimónias segundo os preceitos da própria religião, como aliás refere a alínea h), do artigo 6, da Declaração das Nações Unidas, transposto que foi para a legislação portuguesa por força do número 1, do artigo 16 da CRP, e neste sentido reforçado pela jurisprudência.<sup>1138</sup>

<sup>1136</sup> Cfr. Acórdão nº 382/03 de Tribunal Constitucional, 25 de Junho de 2003.

<sup>1137</sup> Lei nº 16/2001 de 22 de Junho: Lei da Liberdade Religiosa (LLR) refere no número 1, do artigo 14: (...) *bem como os trabalhadores em regime de contrato de trabalho, têm o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam (...).*

<sup>1138</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, nº 01394/06.0BEPR, de 08 de Fevereiro de 2007. Nas palavras de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS: “(...) *a consideração constitucional da liberdade de consciência, de religião e de culto revela-se no emprego do adjectivo inviolável, que só se encontra também no artigo 24.º sobre o direito à vida e no artigo 25.º sobre a integridade física e moral. Embora possa configurar-se como uma só liberdade, importa deslindar. A liberdade de consciência – indissociável da liberdade de pensamento – é mais ampla do que a liberdade de religião, pois tem por objecto tanto as crenças religiosas como quaisquer convicções morais e filosóficas. Em contrapartida, ela só diz respeito ao foro individual, ao passo que a liberdade de religião possui uma necessária dimensão colectiva e institucional e implica também a liberdade das confissões religiosas.*”

O trabalhador tem todas, ou quase todas, as suas liberdades e direitos fundamentais potencialmente sob ameaça diante da autoridade e direcção do empregador, e não podemos esquecer que a relação de jurídico-laboral, mais do que as demais relações, cria um complexo de direitos e obrigações com uma aptidão especial condicionante do exercício dos direitos fundamentais, por outro lado, o princípio da boa fé que, incontestavelmente sobrevém nas relações laborais, produz deveres recíprocos no contrato de trabalho.

E é indiscutível que o dever de agir com lealdade perante a liberdade ideológica e religiosa, tem relação clara com os critérios de cooperação entre empregador e trabalhador, e tem envolvimento no contrato de trabalho constituindo um limite ao poder de direcção que condiciona a “vida” da relação jurídica, ou seja, o cumprimento das obrigações é uma determinação subjacente ao comportamento leal e honesto de ambas as partes, e esta eficácia só pode evidenciar a concretização do trabalho e consequentemente um bem estar produtivo.

O TEDH refere, em numerosas sentenças<sup>1139</sup>, que a obrigação de lealdade do trabalhador com respeito à sua condição religiosa, e considere-se como exemplo, o caso de um médico que trabalhava num hospital católico que comentou publicamente matérias atinentes à interrupção voluntária da gravidez, tendo sido considerado que o despedimento havia sido devido ao incumprimento do dever de boa fé e de lealdade à ética preconizada na instituição, para quem trabalhava e que merecia por esse modo uma devida protecção<sup>1140</sup>, e quando o empregador é uma organização, cuja ética está envolta em religião ou em convicções, à dimensão negativa da obrigação de agir com lealdade, ou seja a abstenção, acrescenta-se uma dimensão positiva que torna o discernimento mais difícil de implementar, pelo que, e se a dimensão negativa se aplica sem uma razão prática na intimidade do trabalhador, obviamente que resultará menos objectivo para a sua dimensão positiva.

O artigo 16 da CE determina que a liberdade religiosa está interligada à vertente transcendente da liberdade ideológica, contudo e para além das ideias, a liberdade religiosa distingue-se pela sua actividade comunitária ou colectiva, sem prejuízo da componente individual -, que assume a sua expressão máxima através de actos de culto, ou seja, a liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, desfruta de uma protecção especial acolhida pelo parágrafo 2, do artigo 53 da CE.

Iniciaremos uma análise a esta temática no ordenamento jurídico espanhol, fazendo uma breve referência à factualidade das empresas, e no exercício dos direitos fundamentais, e

<sup>1139</sup> Entre outras: caso *Sampanis* e outros contra a Grécia, 32526/05; caso *Bekos* e *Koutropoulos* contra a Grécia, 15250/02; caso *Karner* contra a Austria, 40016/98.

<sup>1140</sup> Cfr. caso *Rommelfanger* contra a RFA, 56030/07.

no que diz respeito ao trabalhador, enfatizar a sujeição às regras da empresa os critérios ideológicos subjacentes aos ideais do empregador, e de facto com a doutrina<sup>1141</sup> assente, que ainda que não esteja estipulado como fórmula geral a obrigação de declarar dados referentes a convicções ideológicas ou religiosas, a comunicação a seu respeito, e em casos particulares, é efectuada para que o empregador possa conceder uma certa eficácia a determinadas obrigações legais, como é caso de dispensa ao trabalho em dias solenes, e lembramo-nos num caso específico que é o caso dos trabalhadores sujeitos ao Ramadão, na religião católica na época da Páscoa, ou uma protecção especial em caso de cessação contratual, entre outras.

A liberdade ideológica e liberdade de crenças (religiosas ou convicções), no mundo laboral, concede ao trabalhador um direito de não discriminação, direito este consagrado na DUDH, proclamada pela ONU há já 64 anos, pelo que a estes direitos do trabalhador, assiste-lhe também o direito ao sigilo dos mesmos salvaguardando a dignidade e intimidade no âmbito jurídico-laboral, pois a liberdade sobre as suas convicções e opções de vida, permitir-lhe-á uma salvaguarda perante perscrutações ou medidas de retaliação por parte do empregador, devendo o empregador observar todas as obrigações emergentes do contrato de trabalho e normas que o regem, pelo que não deve adoptar procedimentos discriminatórios no tratamento dos trabalhadores, nomeadamente por razões fundadas nas concepções políticas ou ideológicas, ou na filiação sindical do trabalhador.

E esta factualidade poderá objectivar consequências para as partes resultantes do contrato de trabalho, pois que o que está em causa poderá ser o dever de lealdade que os une, ou seja, o trabalhador deverá reconhecer, ainda que não obrigado, a revelar eventuais modificações que influenciam o seu desempenho na estrutura empresarial não adulterando as suas crenças, e assim atenuar esses mesmos direitos perante a entidade empregadora, contudo, e perante essa atitude honesta do direito à liberdade religiosa ou ideológica o empregador, salvaguardando-se no campo de aplicação desses direitos no âmbito da empresa, ou fora dela, pode diluir os direitos do trabalhador através de coacção moral, e desta forma ser desleal por atitudes discriminatórias.

A jurisprudência sobre liberdade religiosa, liberdade ideológica e convicções, no que subjaz sobre a relação entre Portugal e o TEDH, não são descortinados muitos estudos, pelo que pela análise da jurisprudencial deparamo-nos com algumas insuficiências, não obstante algumas abordagens a nível macro sobre as decisões do TEDH.

---

<sup>1141</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 613.

O artigo 9 da CEDH proclama a liberdade de consciência, de pensamento e de religião, elencando os sujeitos, as faculdades e os limites que podem ser postos desde que seja respeitado o previsto no segundo inciso do mesmo artigo. Segundo um pensamento consolidado há algum tempo, declara-se que o artigo nono proporciona ao indivíduo vasta gama de faculdades, dentre as quais é abrangida a liberdade de manifestar publicamente, além de privadamente, o culto da religião de pertença.<sup>1142</sup>

Ao TEDH obedecem a definições básicas da normativa dos organismos que as admitem, que por sua vez se orientam por definições políticas que conformam o Conselho da Europa em primeiro lugar, embora a convenção se valha do seu vocabulário de uso comum e das tradições constitucionais dos Estados-membros<sup>1143</sup>, o Tribunal dará a essas palavras um significado específico para fins de interpretação da Convenção, a partir de fontes internas ao próprio sistema europeu, e tem adoptado uma postura dinâmica para interpretar a Convenção, buscando compreender os termos do tratado não no seu contexto original, mas à luz da sociedade europeia contemporânea, o que constitui o segundo princípio orientador. Por fim, o terceiro princípio, aquele mais directamente importante para nossos fins, o Tribunal desenvolveu a doutrina da margem de apreciação, a qual busca compatibilizar os Estados-membros com o sistema europeu de direitos humanos mediante a preparação dos órgãos nacionais para a declaração de violações a direitos humanos.

A apreensão do sistema europeu é claramente voltada para uma compatibilização de decisões em relação às tradições jurídicas dos países do sistema, na perspectiva de uma progressiva criação de uma tradição europeia de protecção dos direitos humanos.

A quarta secção do TEDH publicou uma sentença<sup>1144</sup> relativa a quatro denúncias de cidadãos britânicos, todos cristãos, que argumentavam que o seu empregador não tinha

<sup>1142</sup> O conjunto de faculdades abrangidas pelo artigo 9 CEDH é exaustivamente analisado por M. Parisi (cfr. PARISI, M.: *Orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in tema di libertà religiosa*, in MACRÌ, G. *La libertà religiosa in Italia, in Europa e negli ordinamenti sovranazionali*. Salerno: Dipartimento di teoria e storia delle Istituzioni giuridiche e politiche nella società moderna e contemporanea, 2003, pág 120, Consulta efectuada em 12/04/2013.

<sup>1143</sup> Não olvidemos que a aplicação do Direito Comunitário pelos Estados-membros é exigida pelo princípio da lealdade comunitária, sendo um princípio constitucional da União, no qual a invocação do dever de lealdade comunitária torna supérfluo trazer à colação, e na matéria agora tratada, os princípios da boa fé e da cooperação leal; de qualquer forma, um e outro reforçam as exigências colocadas neste âmbito pelo dever de lealdade. O princípio da cooperação leal requer a aplicação efectiva do Direito comunitário na ordem interna, ou seja, a jurisprudência comunitária torna-se um dever recíproco entre os Estados, como aliás é citado por FAUSTO DE QUADROS: *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 511.

<sup>1144</sup> *Case of Eweida and Others v. The United Kingdom* - (Applications nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10) 15 January 2013 – Strasbourg: as denúncias da Nádia Eweida e de Shirley Chaplin têm em comum o motivo mas não o veredicto. No primeiro caso, o TEDH deu razão (cinco votos, contra dois) a uma trabalhadora da British Airways que em Setembro de 2006 foi suspensa do emprego e sem salário por se negar a esconder o

respeitado a sua liberdade religiosa ou que os tinha discriminado pelas suas crenças. Em três dos casos, dois relacionados com objecção de consciência relativa ao reconhecimento das uniões homossexuais e outro relacionado com os símbolos religiosos, os juízes deram razão ao Estado britânico. No outro, também referido ao uso dos símbolos religiosos, foi a favor da litigante.

O TEDH sublinha que *“a liberdade religiosa engloba a liberdade de manifestar a própria religião, inclusive no local de trabalho”*, mas admite que *“a prática religiosa pode ser restringida quando invade os direitos de outros”*, e de facto, as questões sobre o relacionamento entre liberdade religiosa e princípio da igualdade nas relações laborais foram, desde cedo, uma preocupação para o direito comunitário com origem no caso Prais.<sup>1145</sup>

Na realidade, no Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 1976, caso *Vivien Prais* contra o Conselho das Comunidades Europeias colocava-se a questão da legitimidade do comportamento da Comissão ao fixar o calendário das provas de um concurso para admissão de funcionários comunitários sem ter em consideração a sua coincidência com a Páscoa hebraica. O Tribunal não deu provimento à pretensão da Senhora Prais, na medida em que a candidata não comunicou, oportunamente, à autoridade competente que, por motivos de natureza religiosa, não poderia comparecer às provas. Com base nessa circunstância, a autoridade competente recusou-se a mudar a data, principalmente, porque já tinha sido notificado aos outros candidatos o calendário das provas, no entanto, não deixou de considerar a importância de garantir a liberdade religiosa no espaço comunitário.

Uma das formas de afirmação da liberdade religiosa pode ocorrer no âmbito da organização do tempo de trabalho, nomeadamente nos casos em que a religião professada pelo trabalhador impõe períodos de não trabalho, como, por exemplo, que um determinado dia seja destinado ao descanso ou à prática de determinado ritual. Note-se que a Declaração da

---

crucifixo que usava ao pescoço (as normas da companhia não permitem nenhum tipo de colar). Um mês mais tarde, a empresa ofereceu a Eweida um lugar no departamento administrativo, com o mesmo salário mas sem contacto directo com o cliente, que ela recusou. Finalmente, em Fevereiro de 2007 a norma das fardas mudou e Eweida foi readmitida. O TEDH obrigou a companhia aérea a pagar uma compensação a Eweida, pelos custos dos sucessivos recursos, o salário que deixou de receber e os danos não pecuniários ocasionados. Além de estabelecer a primazia do direito à livre expressão das crenças religiosas, a sentença assinala que o crucifixo era suficientemente discreto para não colidir com a imagem profissional da trabalhadora. No caso de Shirley Chaplin (então enfermeira num hospital público) o tribunal considerou por unanimidade que acima da liberdade de expressão religiosa da demandante prevalecem as razões de saúde pública utilizadas pela empresa: quer dizer, que o crucifixo, do mesmo modo que o resto dos colares proibidos, podia causar danos a algum doente ou à própria enfermeira. Além disso, os directores do hospital deram a Chaplin a possibilidade de substituir o colar com a cruz por um alfinete com a mesma forma e tamanho. Daí que os juízes entendam, com senso comum, que não houve violação do direito de a denunciante manifestar externamente as suas crenças.

<sup>1145</sup> Processo 130-75, disponível em [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

Organização das Nações Unidas de 25 de Novembro de 1981, relativa à eliminação de todas as formas de discriminação e intolerância fundadas na religião e nas crenças, refere-se à liberdade de observar os dias de repouso e de celebrar as festas e cerimónias segundo os preceitos da própria religião ou credo conforme o estipulado pelo artigo 6.

O TEDH já decidiu sobre este assunto no caso *Konttinen* relativo à contenda entre o empregador e um trabalhador que se converteu à Igreja Adventista do Sétimo Dia e que reclamava não trabalhar a partir do pôr-do-sol de sexta-feira até ao pôr-do-sol de sábado (*Sabbat*), tendo acabado por ser despedido por faltas (Caso *Tuomo Konttinen versus* Finlândia, de 3 de Dezembro de 1996). O tribunal decidiu que o que estava em causa era um despedimento por faltas ao trabalho e não um despedimento motivado pelas convicções religiosas do trabalhador, e considerou mesmo que em caso de incompatibilidade entre a religião e o trabalho, o trabalhador sempre teria a liberdade de se demitir. Trata-se claramente de uma resposta enviesada e insatisfatória baseada numa argumentação muito distorcida face à dimensão do problema à luz da protecção da liberdade religiosa.

E a imperatividade da liberdade de religião é assaz concludente pelo TEDH na doutrina jurisprudencial espanhola<sup>1146</sup>, e o que está em causa é análise da questão da liberdade da Igreja na sua relação com as autoridades civis, em particular no caso da recusa da nomeação de um professor de religião em Espanha, que defende posições contrárias à doutrina católica.

As liberdades ideológica e religiosa são num contexto laboral, materializados através da dicotomia que o cidadão, de uma forma geral, tem de fazer valer os seus direitos na relação que aceitou, o que torna os direitos fundamentais do “*cidadão-trabalhador num trabalhador-cidadão*”<sup>1147</sup>, sendo que o contrato de trabalho jamais pode ser visto como um denominador legítimo da violação destes direitos porquanto a dignidade é um valor que tem uma elevação subestimável, e não é pelo facto de estar integrado numa empresa que perde a condição de cidadão, contudo não olvidaremos que ao empregador cabe pelo poder de direcção que possui, manter uma coerência equilibrada pela reciprocidade que procede ao dever de lealdade. Hoje

<sup>1146</sup> Na sentença do TCE 34/2011 de 28 de Março, declarou que os estatutos do Colégio de Advogados de Sevilha que proclamaram como patrona da corporação a Virgem Maria, não vulnerava o direito da liberdade religiosa de um membro desse colégio profissional, citando uma sentença do TEDH de 18 de Março de 2011 (caso Lautsi e outros contra Itália), assinalando que a percepção subjectiva não bastaria para vulnerar o princípio da neutralidade religiosa, e indo mais longe afirma a necessidade de comprovar se um determinado símbolo permite aferir a adesão aos postulados religiosos que possa incorporar. E vai mais longe, a tradição social é fortemente enraizada em Espanha, pelo que nem na dimensão subjectiva da liberdade religiosa pode obrigar os coligados a participar em qualquer acto religioso.

<sup>1147</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*. in: *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Donación Editorial, Salamanca, 2004, pág. 164.

em dia, ainda é, e infelizmente frequente, situações no mundo jurídico-laboral comentários ofensivos referentes a convicções religiosas e há recusa pelo empregador da satisfação das mais elementares necessidades do trabalhador gerando conflitos e que denotam uma clara violação da boa fé inerente à relação jurídico-laboral.

A legislação espanhola prevê a proibição que está plasmada no artigo 14<sup>1148</sup> da CE, assim como pelo artigo 17 do ETE, e este por força imperativa do determinado pela alínea c), do parágrafo 2, do artigo 4, ou seja, qualquer atitude unilateral de discriminação<sup>1149</sup>, seja do empregador e em casos de marginalização, seja do trabalhador em caso de represálias patenteadas pelo desinteresse no cumprimento dos deveres de lealdade, e estará sempre salvaguardada pelo princípio da igualdade<sup>1150</sup> entre as partes.

É efectivamente reconhecido na doutrina jurisprudencial e poder-se-á inferir do que até agora foi exposto que a lealdade entre as partes se arroga como uma funcionalidade predominante no contrato de trabalho para o empregador e para o trabalhador, ficando desta forma amarrados a atitudes de conduta implícitas na acção moralizadora do conceito leal sem que possam adulterar qualquer pressuposto de natureza pervertida, e que de facto está patenteado por exemplo na alínea d), do artigo 5 do ETE, e que surgem reforçados pelo artigo 21 do mesmo preceito legal, isto é, a manifestação da boa fé é unânime na doutrina espanhola, e os direitos fundamentais laborais funcionam como demarcações ao poder de direcção do empregador impedindo que a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana sejam afectadas, e como tal os direitos fundamentais na relação jurídico-laboral e no que diz respeito a esta matéria em concreto, têm a capacidade e a aptidão de atribuir a todos os trabalhadores direitos intrínsecos à dignidade humana porque dotados de uma característica especial, isto é, perante uma qualquer ideologia ou convicção, são imputáveis a todos os trabalhadores de forma igual e, por consequência, irrenunciáveis.

Logo, e estando legitimados e perfeitamente reconhecidos, o empregador está sujeito a limites de lealdade enquanto a existência de um cidadão e de um cidadão-trabalhador, o que é factor essencial para que a obrigação inerente ao vínculo determine um comportamento de admissibilidade, excepto quando o dever de lealdade é adulterado.

<sup>1148</sup> Cfr. STC 120/90 FJ 10º, “(...) Ciertamente la libertad ideológica (...), no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto se le concierne y a representar y enjuiciar la realidad según sus particulares convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”.

<sup>1149</sup> Cfr. STC 19/1985, de 13 de Fevereiro.

<sup>1150</sup> Cfr. o artigo 14 da CE, “(...) os Espanhóis são iguais perante a Lei (...)”.

A dignidade imposta pela relação laboral é um factor determinante para o reconhecimento dos direitos fundamentais do trabalhador que estão reconhecidos pela CE, por conseguinte a razão de lealdade é uma condição essencial para que os pressupostos inerentes possam subsistir, a não ser que haja um conflito de interesses relevantes, porém o conceito de proporcionalidade ou ponderação, devem estar sempre patentes de forma a não ferir as susceptibilidades que possam acontecer no âmbito da liberdade ideológica e religiosa.

Merece realce o assédio religioso institucional no âmbito das relações laborais, e tal pertinência afirmativa deve-se ao facto de que o empregador quando adopta determinada religião e obriga por exemplo a que os trabalhadores participem no culto ou mesmo que rezem diariamente, não existe fundamento para se reconhecer a existência de assédio religioso institucional quando estamos perante uma entidade religiosa, ou empresa de tendência, pois o que pode estar em causa é um mero e simples assédio individual, e daí que possamos inferir uma distinção entre a organização religiosa e organizações de tendência<sup>1151</sup>, a primeira adopta como actividade principal a divulgação da fé religiosa, que se objectiva por meio de cultos, e serão os casos: da Igreja Católica, Igreja Luterana, Centros Espíritas, etc. -, enquanto a organização de tendência não tem como actividade principal a execução da liturgia religiosa, de cultos ou ideologias, mas está vinculada a determinado segmento religioso e a sua existência está presa à disseminação da fé.

### ***7. Dever de lealdade do trabalhador nas organizações de tendência***

A CRP prevê no número 2, do artigo 12, que: "*as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres [consignados na Constituição] compatíveis com a sua natureza*", pelo que uma pessoa colectiva pode ser confessional ou perfilhar uma doutrina política ou social, por exemplo, e essas opções se consagradas nos seus estatutos, vinculam os sócios ou associados, bem como os corpos dirigentes, na prossecução das finalidades sociais, e na mesma sequência no âmbito laboral, os poderes empresariais encontram a sua derradeira justificação e legitimação constitucional no direito de liberdade empresarial reconhecido que está pelo artigo 38 da CE.

---

<sup>1151</sup> Sobre o conceito opinamos na epígrafe 7.



A doutrina laboral defende que, nas organizações (empresas<sup>1152</sup>) de tendência<sup>1153</sup>, os trabalhadores estão perante um empregador que no âmbito do desenvolvimento das suas actividades, lhes pode pedir o respeito da posição doutrinária ou ideológica que é institucional e anterior à entrada do trabalhador na organização.

É importante referir que estas organizações prosseguem uma finalidade ideológica em que o empregador procura concretizar a difusão de uma determinada ideologia, com um fim político ou religioso, como o caso dos partidos ou confissões religiosas.

E nestes casos em particular a prestação de trabalho deixa de ter carácter neutro, aparecendo subordinada aos fins, por exemplo, religiosos da organização, e como tal as organizações de tendência implicam uma maior vinculação do trabalhador aos fins ideológicos prosseguidos pelo empregador, e poder-se-á afirmar que o estatuto das organizações de tendência *“implica um tratamento de privilégio para o empregador, pela restrição aos direitos de personalidade do trabalhador que estabelece”*.<sup>1154</sup>

Ninguém é obrigado a contratar a colaboração de um trabalhador numa organização de tendência: quando alguém se inclui, ou aceita colaborar numa organização de tendência, naturalmente aceita respeitar a identidade da instituição, e se aceitou colaborar com ela sem objecção de consciência, não pode mais tarde pretender impedir-lhe as orientações estatutárias em nome das suas opiniões, pois o vínculo laboral é contratual, voluntário, e não é institucional, necessário como no Estado.

Nas organizações de tendência o dever de lealdade assume uma relevante intensidade, pois admite a característica de desenvolverem uma actividade que a *fidelidade* a determinados princípios religiosos e ideológicos têm um papel fundamental, e é a razão da sua existência, e

---

<sup>1152</sup> Parece preferível utilizar o termo organização em vez de empresa, entendida como unidade jurídica fundada numa organização de meios que constitui instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade de produção para a troca, pois que: *“só em termos académicos pode falar-se de um mercado de valores ideológicos.”* in APARÍCIO TOVAR: *Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas*, Lecciones de Derecho del Trabajo, Madrid, 1980, págs. 293-294; citado por TAVARES DOS REIS, R.: *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 120.

<sup>1153</sup> *Empresas de tendência*, na doutrina espanhola; *organizzazioni di tendenza*, na doutrina italiana; *entreprises ideologiques*, na doutrina francesa; e *tendenzbetriebe*, na doutrina alemã.

<sup>1154</sup> SOUSA MACHADO, S.: *A relevância da liberdade de religião nas relações laborais: contributos para a sua compreensão à luz do Direito da União Europeia*, International Journal on Working Conditions (RICOT Journal), nº 2, Porto: IS-FLUP, págs. 2-17, citando MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2012.

particularmente estão neste conteúdo os sindicatos, os partidos políticos e as igrejas e comunidades religiosas.<sup>1155</sup>

Neste contexto, podem ser referidas as instituições educacionais que são responsáveis pela divulgação e consolidação dos dogmas de determinado segmento religioso, e com isso pode-se dizer que tanto a instituição religiosa como as organizações de tendência, na hipótese de intolerância religiosa originária de órgãos directivos dessas instituições, praticam ofuscantemente o assédio religioso institucional.

Imaginemos que determinada escola pertencente a um dado segmento religioso proíba terminantemente a contratação de trabalhadores que não professem a mesma fé abraçada pela instituição, ora, e perante esta situação a actividade de empresa de tendência, é certo que os critérios de contratação devem ir ao encontro do próprio propósito institucional da entidade, que é a divulgação e consolidação de determinadas convicções religiosas, ou ainda o trabalhador que cometa uma infracção disciplinar, que possa originar uma reacção sancionadora por parte da entidade empregadora, e assim, por exemplo, logo que um trabalhador deduza acusações falsas contra a sua entidade empregadora com a intenção de a prejudicar, ele faz um uso contestável da sua liberdade de informação.<sup>1156</sup>

Logo e no caso, não nos parece haver ofensa a qualquer direito fundamental se as organizações limitam a contratação de trabalhadores vinculados aos seus objectivos e ao universo daqueles que adoptam a mesma fé religiosa da entidade.

A exigência de uma conduta do trabalhador é irrelevante no que concerne às suas próprias opiniões ou crenças, ainda que possam ser contrárias à ideologia da organização para a qual trabalha, salvaguardando sempre que não se repercutam ou afectem a sua prestação laboral, tal como refere alguma jurisprudência constitucional espanhola.<sup>1157</sup>

<sup>1155</sup> TAVARES DOS REIS, R.: *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 188-189.

<sup>1156</sup> Neste sentido, o Acórdão da Relação de Évora, de 13 de Abril de 1993, *Colectânea de Jurisprudência*, 1993, Tomo II, pág. 301, que concluiu: “pela existência de justa causa de despedimento de uma cozinheira por esta ter denunciado a existência de maus tratos praticados numa criança por uma educadora coordenadora, sua superior hierárquica: “É muito claro que as atitudes assumidas pela A., pela sua insensatez e falsidade objectiva, prejudicaram gravemente o bom nome, o prestígio e a idoneidade moral e profissional da Ré e das suas educadoras e constituindo violação do dever de lealdade para com a entidade patronal e companheiras de trabalho, previsto no artigo 20º, n.º 1, alínea a) do DL 49.408, de 24.11.69.” Não deve, parece-nos, exigir-se a veracidade do facto em si, senão que haja uma diligência do informador no sentido de comprovar o facto informado, pois se se impusesse “a verdade” como condição para o reconhecimento da liberdade de informação, a única garantia da segurança jurídica seria o silêncio.

<sup>1157</sup> Cfr. sentença do TCE 47/1985 de 27 de Março (RTC 47/1985).

Contudo, e se esta conduta transpuser o limite da boa fé contratual e fizer supor uma violação grave do dever de lealdade à organização<sup>1158</sup>, qualquer sanção aplicada pelo empregador que não justificada, só pode ser considerada num incumprimento contratual por encobrir uma sanção de índole discriminatória.<sup>1159</sup>

E será também o caso se a organização de tendência é instituição de ensino, faculta-se-lhe a contratação exclusiva de professores, de qualquer disciplina, que reconhecidamente professem a mesma fé religiosa da organização, e no caso pouco interessa a disciplina a ser ministrada pelo docente, pois o que é legítimo é reconhecer é que a intersubjectividade implícita no processo de educação tendo o princípio emergente à educação dos discentes.

Defende-se na doutrina e na jurisprudência, sobretudo estrangeiras, que nas organizações de tendência, em virtude da especial relação de trabalho que liga os trabalhadores à sua entidade empregadora, podem integrar directa e imediatamente o conceito de justa causa de despedimento, que se torna, assim, mais elástico -, não só comportamentos da vida privada do trabalhador como também situações de incompatibilidade pessoal com a tendência da entidade empregadora.

Confirma-se, no entanto, a existência de uma “*específica*” relação de trabalho entre a organização de tendência e o trabalhador cuja prestação se encontra ideologicamente determinada pela “*missão*” característica daquela, reconduzindo-se o desenvolvimento da prestação laboral por um trabalhador de tendência a uma exigência de colaboração, de lealdade e de boa fé entendida com especial vigor.

Obviamente, ao comprometer-se com a tendência da sua entidade empregadora, o trabalhador não renuncia à sua liberdade ideológica nem aos seus outros direitos, liberdades e garantias pessoais, na medida em que não se lhe exige uma total adesão à linha ideológica da sua entidade empregadora, inclusivamente fora do local e do tempo de trabalho, antes (e apenas) um dever de reserva que se traduz “*no compromisso de respeitar tal orientação no exercício das funções acordadas e, excepcionalmente, em públicas tomadas de posição incompatíveis com a finalidade da empresa*”.<sup>1160</sup>

No domínio concreto do trabalho nas organizações de tendência também se pronunciou o TEDH, no caso *Lombardi Vallauri vs. Itália* de 20 de Outubro de 2009 que

<sup>1158</sup> PENALVA SELMA, A.: *La transcendencia práctica de la “Vinculación Ideológica” en las Empresas de Tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo*, in Revista Anales de Derecho, nº 26, 2008, pág. 313; acesso em 21/04/2013.

<sup>1159</sup> Cfr. sentença do STJS da Andaluzia de 22 de Fevereiro de 2002 (AS 2002/3992).

<sup>1160</sup> BLAT GIMENO, F. R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, pág. 84.

confirmou os fundamentos já apresentados no caso *Rommelfange*<sup>1161</sup> e aplicou o artigo 4, da Directiva 2000/78/CE. O recorrente era professor de Filosofia do Direito na Universidade Católica de Milão desde 1976 e viu o seu contrato não ser renovado porque as suas opiniões eram consideradas manifestamente contrárias à doutrina católica. O Tribunal rejeitou os argumentos do recorrente quanto à questão da discriminação, chamando à colação o artigo 4 da directiva, no entanto, considerou que houve violação do direito à liberdade de expressão porque, segundo o Tribunal, ao professor não teria sido garantida a possibilidade de conhecer as acusações precisas, em particular, quanto às suas opiniões e seus ensinamentos, para que pudesse contestar.

De destacar na sentença de 27/04/95 do TEDH, no caso *Piermont v. França*, assenta que a liberdade de expressão constitui uma das bases essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para seu progresso, pelo que permite que os cidadãos participem da democracia, mediante o confronto livre de ideias, exprimindo os seus pontos de vista e ouvindo os que sejam conforme ou desconforme o seu entendimento, protegendo contra a submissão às visões da maioria, e nesta sentença do TEDH, não há preferência pelo termo razoabilidade ou proporcionalidade, mas ficou ilustrado a ausência de meio adequado para a realização do fim visado, e em especial é consagrado o princípio da liberdade de expressão.

Na prática, a proibição de discriminar, e porque apesar de tudo existe um objectivo empresarial que tem ser cumprido pelo respeito da aplicação de proibição de atitudes discriminatórias, advém o poder legítimo de exigir ao trabalhador uma mínima reciprocidade com o modelo empresarial, como está presente na jurisprudência espanhola<sup>1162</sup>, e acentue-se que existirá uma garantia de reciprocidade por parte do trabalhador pela faculdade dessas “liberdades”.<sup>1163</sup>

O trabalhador perante a concretização efectiva de um contrato de trabalho que possa ver estes direitos serem pervertidos pela entidade empregadora numa atitude contrária à boa fé contratual, e não só pelos danos patrimoniais que possa causar, mas sobretudo e pelos danos extra-patrimoniais que advém, fere a privacidade e a componente idealizada pelo trabalhador, o que é motivo de censura pelo cotejo de afectação de um direito fundamental de autonomia

<sup>1161</sup> O Tribunal assume em primeiro lugar, implicitamente, que a referida imposição não pode ser absoluta e ilimitada ao assinalar que a assinatura do contrato não pode ser interpretada como uma garantia pessoal e inequívoca de manter uma vida de abstinência em caso de divórcio ou separação já que uma interpretação deste tipo afectaria, ou podia afectar a intimidade do trabalhador.

<sup>1162</sup> Cfr. STC 47/1985, de 27 de Março.

<sup>1163</sup> MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S.: *Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Relaciones Laborales*, Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 17, 1999, pág. 28.

privada, contudo, não é pacífica admitir liminarmente esta conclusão, pois o TCE tem sido prudente nesta prerrogativa conclusiva, a confluência de interesses empresariais podem não admitir certas tolerâncias que infiram numa atitude de progressão do empregador, todavia não se pode enjeitar que estes direitos fundamentais do cidadão se projectam no cidadão-trabalhador e a *fiducia* inter-partes haverá que salvaguardá-las.

Às organizações de tendência cabe exigir ao trabalhador uma mínima sintonia com os ideais empresariais<sup>1164</sup> numa perfeita consonância leal e recíproca dos intervenientes, e deste modo e nesta circunstância, são caracterizadas por um sistema de valores baseado em determinados comportamentos credíveis com a ideologia da organização.

Esta tipologia organizacional exige por conseguinte uma certa uniformidade ideológica entre os seus membros, não lhe sendo permitido assumir publicamente a sua orientação, o que de certa forma limita o exercício de determinados direitos constitucionais perante a salvaguarda da imagem da organização, e se assim não acontecer, o exercício desses direitos fundamentais pelo trabalhador entrará em contradição com o sistema de valores do empregador.

Existe uma forte relação de coerência, isto é, uma profunda consistência e reciprocidade entre a restrição do direito fundamental individual e a actividade profissional exercida pelo trabalhador, sobretudo perante o facto de que este trabalho é essencial na consecução do objectivo preconizado pela entidade empregadora.<sup>1165</sup>

Um dos principais problemas, para além dos que temos referido, e desde uma perspectiva jurídico-laboral é de facto o confronto entre os direitos fundamentais próprios da organização de tendência e os que estão subjacentes ao trabalhador, pois tal como a empresa pode exercer a sua liberdade ideológica também o trabalhador terá a liberdade de exprimir o seu pensamento, porém, torna-se difícil compatibilizar estes direitos sem roçar o limiar da

<sup>1164</sup> Cfr. a sentença do TCE 47/1985, de 27 de Março.

<sup>1165</sup> "(...) *El ingreso en cualquier organización implica una restricción potencial de los derechos individuales. No supone propiamente una renúncia, sino una .modalizacion. en el ejercicio de los mismos (...)* El problema radica en determinar el alcance de esa modalización en las organizaciones de tendencia, que va a depender, en primer lugar, de la intensidad con que se pretende ejercitar el derecho fundamental. Normalmente, las convicciones íntimas del trabajador son irrelevantes a efectos de valorar la aptitud profesional del trabajador y el correcto cumplimiento de la prestación convenida, pero excepcionalmente el conflicto puede trascender al exterior y afectar a esa aptitud, porque en estos casos no se exige solo saber hacer algo, sino hacerlo de una determinada manera, con um contenido que refleje la ideología que inspira la organización. De este modo, la ideología entra en el contenido del contrato como característica cualitativa de la prestación". Cfr. BILBAO UBILLOS, J. M.: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 703.

deslealdade, mas não existe neutralidade nestas duas “*personagens*”, pois a actividade da organização implica a defesa de determinados requisitos.

As dificuldades podem agudizar-se em função da tipologia de empregador, e em particular quando o interesse empresarial está concentrado num determinado ideal, que se defende e proporciona através da actividade desenvolvida, e no caso das organizações de tendência, em particular, constituem uma certa anomalia e daí que a jurisprudência se venha pronunciando de forma peculiar ao não admitir a ingerência na esfera pessoal do trabalhador.

Este tipo de empregador é na nossa perspectiva uma excepção, para além do mais porque a *fiducia* não é consubstancial na relação de trabalho, pois não existe razão para uma exigência do dever de lealdade, entendido enquanto regra rigorosa, para além do que possa induzir o princípio da boa fé<sup>1166</sup>, já que tal concepção derivaria numa situação de trabalho de interpretação restritiva.

O que até agora ficou referido confirma, no entanto, a existência de uma “*específica*” relação de trabalho entre a organização de tendência e o trabalhador cuja prestação se encontra ideologicamente determinada pela “*missão*” característica daquela, reconduzindo-se o desenvolvimento da prestação laboral por um trabalhador de tendência a uma exigência de colaboração de lealdade entendida com especial vigor, porque, e obviamente ao comprometer-se com a orientação da sua entidade empregadora, o trabalhador não renuncia à sua liberdade ideológica nem aos seus outros direitos, liberdades e garantias pessoais, na medida em que não se lhe exige uma total adesão à linha ideológica da sua entidade empregadora, inclusivamente fora do local e do tempo de trabalho, antes, e apenas, um dever de reserva que se traduz no preceito leal que advém da relação jurídico-laboral do contrato de trabalho.

### ***8. Dever de lealdade e o exercício de acção judicial***

Acompanhando a evolução do conceito de acesso à justiça, temos como exemplos evidentes o disposto no artigo 20 da CRP, bem como o número 1, do artigo 24 da CE, e ambos se referem ao acesso à justiça como acesso *efectivo*<sup>1167</sup>, na qualidade de garantia de tutela efectiva e tempestiva no exercício de direitos e interesses legítimos.

<sup>1166</sup> MARTÍN VALVERDE, A. & otros.: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, págs. 92 e ss

<sup>1167</sup> Importante referir que dita evolução, positivada nas Constituições Portuguesa e Espanhola, teve por inspiração o que já dispunha a Lei Fundamental de Bonn (art. 19.4), bem como a Constituição Italiana (art. 24), que sem dúvida contribuíram para o desenvolvimento do conceito de tutela judicial efectiva.

Desta feita, notou-se o aparecimento de um novo cenário no direito constitucional, amplamente voltado à protecção jurídica, implicando uma garantia de protecção eficaz e temporalmente adequada<sup>1168</sup>, que tem como exemplo emblemático a norma disposta no número 5, do artigo 20 da CRP, que prevê que: “*a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”.<sup>1169</sup>

Reparemos que o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva não requer apenas a protecção dos direitos fundamentais, *mas sim a tutela de quaisquer direitos*.

Tratando-se da tutela de direitos não fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efectividade da tutela, *que obviamente não se confunde com o direito objecto da decisão*. É por esse motivo, aliás que o direito de acção, ou o direito de recorrer ao tribunal, deve ser pensado como o direito à efectiva tutela jurisdicional, para o qual não basta uma sentença mas sim a possibilidade de efectivação concreta da tutela buscada. A doutrina espanhola mais moderna, ao se debruçar sobre o artigo 24<sup>1170</sup> da CE, vem deixando de lado as velhas discussões em torno da acção como mero direito de ir a juízo ou com simples direito a uma sentença de mérito.

Em sede de direito processual, e a acção judicial é o caso, a lealdade, na concepção teleológica, significa a *fidelidade* à boa fé e ao respeito à justiça, que entre outras formas, se traduz não só pela veracidade do que se diz no processo, mas também pela forma geral como nele se actua, incluindo-se aí, o que não se omite.

Somos de opinião que o dever de lealdade é um dos pilares do direito processual, e no tema em apreço no Direito do Trabalho, tendo na sua fixação o propósito de adequar a conduta do trabalhador à dignidade do instrumento de que se serve para obter a administração da justiça. O desrespeito a essa obrigação de lealdade configura, sem dúvida, um acto atentatório à dignidade da justiça e, por tal razão, necessita receber juízo exemplar de reprovação pelo tribunal

Portugal tutela os direitos fundamentais no contrato de trabalho justificado que está pelo “*envolvimento integral do trabalhador no vínculo laboral*”, que decorre de três factores<sup>1171</sup>, isto é, o grau de indeterminação da actividade laboral, não só na fase inicial do

<sup>1168</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 652.

<sup>1169</sup> Cfr. artigo 20/5, da *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Almedina: Lisboa, 2004, pág. 15.

<sup>1170</sup> Cfr. Artigo 24/1: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

<sup>1171</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Contrato de Trabalho e os Direitos Fundamentais da Pessoa*, in “Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço”, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 394.

contrato, mas durante toda sua vigência; a inseparabilidade da actividade laboral em relação à pessoa do trabalhador, que torna a prestação de trabalho um bem jurídico singular, e a componente organizacional do próprio contrato de trabalho.

Nos ordenamentos jurídicos estudados encontram-se normas positivadas que garantem a indemnização do trabalhador, enquanto demandante contra o empregador, uma vez que o exercício de um direito fundamental, como o direito de acção judicial, não pode ser objecto de retaliação<sup>1172</sup> por parte do empregador, sem que o tribunal quando requerido para tal, venha em socorro do trabalhador, declarando nulo o acto violador dessa garantia e penalizando o empregador que transgrida uma das garantias básicas da cidadania, que traduz uma manifesta atitude de má fé e deslealdade para com o trabalhador.

Para além das limitações à aplicação das sanções disciplinares, o legislador pretendeu criar, uma limitação ao exercício do poder por parte do empregador, sendo que esse poder disciplinar está demarcado pelos limites previstos na lei ou definidos em IRCT, e deve ser exercido de forma justificada e adequado ao comportamento do trabalhador.

A capacidade do empregador punir o trabalhador pela prática de factos considerados ilícitos estabelece que estes resultem de incumprimento da lei, de um IRCT ou do contrato de trabalho, não podendo o empregador exercer tal poder para além do estipulado no CTP ou em IRCT vigente, e para obstar que o empregador agrave os limites do poder disciplinar que a lei lhe permite, o CTP prevê através do número 1, do artigo 331 os considerandos da sanção abusiva, o que constitui contra-ordenação grave a aplicação de tais sanções.

Devido às presunções implícitas neste preceito, caberá ao empregador o ónus da prova de que o processo disciplinar instaurado contra o trabalhador não deriva de uma das situações supra descritas.

Tal como é usualmente destacado pela doutrina jurisprudencial<sup>1173</sup>, as sanções abusivas surgem como uma das formas típicas que pode assumir, no âmbito laboral, a figura do abuso de direito ou do exercício inadmissível de posições jurídicas, representando uma clara violação do princípio geral da boa fé, e uma vez alegado o carácter abusivo da sanção, cabe à entidade empregadora fazer prova de que os factos não são os mesmos que foram tidos em conta em sede de processo disciplinar, sendo que aplicação de sanção abusiva constitui justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador e atribui a este o direito a ser indemnizado pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos.

<sup>1172</sup> Cfr. Acórdão TRP, 2079/09.0TTPNF.P1: “(…) A comunicação de caducidade constitui um despedimento, motivado por mera retaliação, por a Autora ter intentado uma acção laboral contra a Ré”.

<sup>1173</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 05/12/2001.



A consideração de sanções disciplinares como “*sanções abusivas*” decorre do princípio de que a aplicação daquelas sanções está limitada genericamente pela necessidade de respeito pelos direitos e garantias dos trabalhadores, e a expressão deste limite geral é a qualificação como abusivas das sanções que sejam aplicadas ao trabalhador em razão de ter reclamado legitimamente contra as condições de trabalho, por se recusar a cumprir ordens ilegítimas, por exercer ou se candidatar a funções e organismos de representação de outros trabalhadores ou, genericamente por invocar, “*exercer ou ter exercido os seus direitos e garantias*”.<sup>1174</sup>

O direito à prova surge no ordenamento jurídico português com assento constitucional, consagrado no artigo 20 da CRP, como componente do direito geral à protecção jurídica e de acesso aos tribunais e dele decorre, por um lado, o dever de o tribunal atender a todas as provas produzidas no processo, desde que lícitas, independentemente da sua proveniência, princípio acolhido no número 1, do artigo 515 do CPC e, por outro lado, a possibilidade de utilização pelas partes, em seu benefício, dos meios de prova que mais lhes convierem e do momento da respectiva apresentação, devendo a recusa de qualquer meio de prova ser devidamente fundamentada na lei ou em princípio jurídico, não podendo o tribunal fazê-lo de modo discricionário.

Tal direito de prova, porém, não é um direito absoluto, pois como se salienta no Acórdão do TCP nº 209/95 de 20 de Abril, publicado no Diário da República, II Série, nº 295 de 23/12/95 o direito à produção de prova não significa que o direito subjectivo à prova implique a admissão de todos os meios permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objecto do litígio.

A inexistência de justa causa, a inadequação da sanção ao comportamento verificado e a nulidade ou inexistência do processo disciplinar determinam a nulidade do despedimento que, apesar disso, tenha sido declarado e constituem no trabalhador o direito à reintegração na empresa no respectivo cargo ou posto de trabalho.

O acto que extingue o contrato de trabalho, vem a revelar-se ilícito, antijurídico, e não obstante isso, pode vir a ocasionar o despedimento quando o tribunal criar a convicção da impossibilidade do reatamento de normais relações de trabalho, ou seja, a entidade empregadora ao desencadear um despedimento ilícito originou uma situação de conflito e

---

<sup>1174</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2009, pág. 727.

tensão na relação laboral, acabando o clima de perturbação a ela devido por servir para levar o tribunal a substituir a reintegração por indemnização.

A substituição da reintegração pela indemnização, permitiria que a entidade empregadora sempre pudesse despedir o trabalhador à margem de qualquer “*causa constitucionalmente lícita*”, bastar-lhe-ia para tanto criar, mesmo que artificialmente, as condições objectivas, ou seja: perante o despedimento ilícito, acumulado às eventuais perturbações que o trabalhador pudesse criar na relação laboral, determinaria uma impossibilidade do restabelecimento das normais relações do trabalho, conducentes à cessação do contrato de trabalho, o que é seria uma clara violação ao artigo 53 da CRP<sup>1175</sup>, e esta garantia é constitucionalmente essencial do Direito do Trabalho e da dignidade do trabalhador que lhe está associada.

Na teleologia da norma do artigo 53 da CRP está pois a ideia de que a estabilidade do emprego envolve uma “*resistência*” aos desígnios do empregador, que ela não pode ser posta em causa por mero exercício da vontade deste, e como já acentuámos qualquer violação da lealdade inerente ao contrato de trabalho é penalizada.

Acontece que o trabalhador perante situações arbitrárias por parte da entidade empregadora tem o direito de recorrer, seja pelo facto de estar perante uma ilicitude de despedimento, seja pelo facto de reconhecer um qualquer incumprimento por parte do empregador, como sejam a violação da mais elementar obrigação prevista no CTP (pagamento da retribuição atrasada, desrespeito pelas normas de segurança e saúde laboral, etc.), e deve o trabalhador encetar os mecanismos judiciais para denunciar essas situações, não só pela reciprocidade dos deveres emergentes da relação laboral, mas sobretudo pelos direitos fundamentais que lhe assiste, e recordemos que a alínea a), do número 1, do artigo 129 do CTP é peremptório ao afirmar: “*É proibido ao empregador opor-se, por qualquer forma, a que o trabalhador exerça os seus direitos (...)*”.

Acresce que o trabalhador tem acesso ao direito e à tutela jurisdicional que se encontra consagrado nos números 1 e 2 do artigo 20 da CRP como um princípio fundamental de uma “*garantia de natureza universal e geral*”<sup>1176</sup>, e que não pode ser restringido sem termos em

<sup>1175</sup> O artigo 53 da CRP, garante aos trabalhadores “*a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos*”.

<sup>1176</sup> Expressão usada por, GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Direito Constitucional: Teoria da Constituição – Anotada*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 409. Mais acrescentam estes eminentes constitucionalistas que: “*(...) o Art. 20.º consagra um direito fundamental independentemente da sua recondução a direito, liberdade e garantia ou a direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (...) é uma norma-*

conta o disposto no número 8 e 10 da DUDH, como se infere dos artigos 16, 18 e 19, todos da CRP.

O trabalhador para conseguir a efectividade plena da tutela judicial redonda imprescindível estabelecer um mecanismo protector que impeça que quem recorre aos tribunais para a tutela de seus direitos resulte prejudicado nos seus interesses pessoais ou profissionais como consequência disso, pois, de contrário, só formalmente poder-se-ia falar de tutela efectiva. Nesta perspectiva, a garantia de indemnização (*indenidade*<sup>1177</sup>) proporcionaria fim do círculo de instrumentos básicos ao serviço da efectividade da tutela judicial, cujo núcleo formam o direito de execução das resoluções judiciais e as medidas cautelares, pois que resultaria incompleto sem a interdição de “*eventuais retaliações por razões do exercício da acção judicial*”<sup>1178</sup>, e que nos seja permitido questionar, o Estado assegura a tutela efectiva ao trabalhador que exerce uma acção judicial ao empregador durante a vigência da relação jurídico-laboral, estando dependente a um despedimento arbitrário? Parece-nos que quanto mais não seja como salvaguarda constitucional a acção será anulada, e em nossa opinião porque o trabalhador perante um possível despedimento será constrangido perante o acesso à Justiça, e assim sendo o Estado não assegura o direito à tutela efectiva e justa, pois na prática, é nossa convicção, tais direitos só seriam assegurados após o desvinculo contratual.

E que o empregador perante uma situação de acção judicial não considera uma deslealdade do trabalhador o facto de assumir uma acção? Em nossa opinião, obviamente que não, e é interessante verificar que o despedimento, em retaliação à acção judicial constitui um verdadeiro atentado ao princípio da boa fé e à lealdade contratual, como aliás, tem reiterado a jurisprudência espanhola do TCE<sup>1179</sup>, e portuguesa<sup>1180</sup>, e isto porque o que se espera do

---

*princípio estruturante do Estado de direito democrático (...) informada pelo respeito dos direitos do homem, das liberdades fundamentais e do Estado de direito (TUE, Art. 6.º)”.*

<sup>1177</sup> Tal como “*indenização*”, a palavra tem “*indemnitas*” do latim como raiz etimológica, mas significa, ao revés, a situação de quem está *indene*, ou livre de dano. No Dicionário da Real Academia Espanhola (RAE), a palavra “*indemnidad*” expressa o “estado ou situação de quem está livre de dano ou prejuízo” e foi incorporada à cultura jurídica latina por meio da expressão “*garantía de indemnidad*”, que é o modo como se imunizam aqueles que exercem algum direito fundamental de alguma represália por parte de quem estaria obrigado a cumprir esse direito.

<sup>1178</sup> ALONSO ALVAREZ, D.: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 54.

<sup>1179</sup> FONS MARTÍNEZ, D.: *La interpretación extensiva del alcance de la garantía de indemnidad en las relaciones laborales*. STC 16/2006, de 19 de Janeiro de 2006, págs. 3-4; “(...) a doutrina da despedida radicalmente nula quando produzida como consequência imediata e directa do exercício de um direito fundamental ou de uma liberdade pública, neste caso do direito a tutela judicial efectiva, tem sua origem na premissa de que é possível constatar que o despedimento teve lugar, não como consequência de uma determinada resolução judicial, mas já por mero exercício da acção tendente a declaração judicial, o que já se acusa de transgressão da boa fé contratual”.

Acesso em 09/01/2013. <http://www.upf.edu/iuslabor/022006/STC16-2006.pdf>.

contrato de trabalho é uma actuação conforme os valores inerentes à boa fé, não se justificando a rescisão contratual pelo simples facto de um dos contraentes considerar uma acção com intuito de tentar fazer valer um direito que crê convictamente lhe é justo.

Qualquer atitude do empregador que determine um prejuízo ou um acto, devido a uma acção judicial ou administrativa<sup>1181</sup>, ou até uma simples reclamação verbal ou escrita, que por sua vez resulte numa sanção, é uma retaliação, é uma nulidade do acto praticado numa clara violação de lealdade assente que foi através do contrato de trabalho.

A não ser que a decisão do empregador não esteja devidamente apreciada e fundamentada, é perfeitamente natural que o trabalhador sinta a sua dignidade debilitada e considere a sanção uma mera “vingança” contra os seus direitos fundamentais, e se de facto existem provas consistentes da eventual decisão do empregador, retaliando o trabalhador, accionar-se-á a tutela judicial efectiva que apesar de ter limites e não constituir uma certeza absoluta para o trabalhador, este terá que providenciar a existência de indícios consistentes que consolidem a sua desconfiança, aparência ou presunção.

E o legislador constitucional espanhol sobre esta matéria é perfeitamente claro, sendo que o direito fundamental à tutela<sup>1182</sup> judicial efectiva consagrado pelo número 1, do artigo 24 da CE<sup>1183</sup>, no essencial, refere a eficácia da protecção que confere, tendo em consideração que as medidas que possa adoptar um empregador, como reacção repressiva perante a uma acção judicial perpetrada por um trabalhador ante o tribunal; o receio por tais medidas poderia dissuadir aos trabalhadores de fazer valer seus direitos e, portanto, por em grave perigo a consecução do objectivo que o motivou pela consagração constitucional da efectividade da tutela judicial, dissuadindo aos trabalhadores de fazer uso de seu direito à protecção jurisdiccional perante os órgãos judiciais.

Há que considerar que o despedimento do trabalhador que procurou ajuda judicial está intimamente conectada com uma actuação, e com o propósito de impedir a continuidade processual, o que denota uma garantia vulnerável de indemnização contrária ao previsto no número 1, do artigo 24 da CE, porém e é um facto, que no caso do trabalhador que propõe

<sup>1180</sup> Cfr. Acórdão TRP 0847390 de 09/03/2009; Acórdão STJ 01S1694 de 29/05/2002.

<sup>1181</sup> Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT); Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

<sup>1182</sup> Cfr. STC 7/1993, 18 de Janeiro de 1993: (...) *El 25 de mayo de 1987, el Jefe del Departamento de Obras Sociales notificó el despido al actual recurrente en amparo, imputándole la comisión de acciones fraudulentas y contrarias a la buena fe contractual -la utilización maliciosa de impresos*

<sup>1183</sup> (...)“*Em todo o caso, o certo é que a Constituição atribui primariamente aos Tribunais ordinários a tutela desses direitos – Artigo 24 -, o que deveria fazer não é “subsidiário”, como é, o papel do TCE, mas sim “excepcional”.* NAVARRETE MOLINA, C.: “*Los Derechos Fundamentales inespecíficos y el Contrato de Trabajo: Una relación con rostro humano*”, in *La Constitución de 1978 y las relaciones de trabajo*, GARCÍA MURCIA, J.: Ed. Martín, 2010, pág. 69.

uma acção contra o empregador, direito constitucionalmente previsto, “*deve ser assegurada ao trabalhador a garantia de não sofrer represálias por parte do seu empregador, afectado pela acção do trabalhador*”<sup>1184</sup>, e neste sentido<sup>1185</sup>, e até porque o simples facto do trabalhador iniciar os actos que julgue necessários para dar início aos prévios requisitos do exercício da acção judicial, é já por si só considerado pelo empregador uma deslealdade, e como consequência verifica-se nesta fase a retaliação que se consolida com mais assertividade no decorrer do processo, situação que não é imune à verificação do tribunal.

A conexão de trabalho é essencialmente relacional, sendo uma das características da lealdade fomentada entre empregador e trabalhador, o que, na maior parte das vezes, a pessoa gere toda a sua vida em torno dessa relação, despendendo mais horas diárias no seu local de trabalho do que, e muitas vezes, na sua própria casa, pelo que algumas condutas que à primeira vista não seriam relevantes podem assumir graves contornos e violadores da dignidade humana, transformando a pessoa em verdadeira vítima no próprio local de trabalho.<sup>1186</sup>

Encontramos na jurisprudência portuguesa, situações em que o receio dos autores accionarem a tutela judicial efectiva, e as atitudes de retaliação por parte da entidade empregadora foram iniciados na fase contratual argumentando falta de lealdade e urbanidade, em atitudes de perfeito assédio moral (“*mobbing*”), aliás instituto previsto nos artigos 29 do CTP, e 17 do ETE, e aqui relatados através da jurisprudência.<sup>1187</sup>

<sup>1184</sup> ALONSO ÁLVAREZ, D.: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, 1ª Ed., Bomarzo, 2005.

<sup>1185</sup> Cfr. Sentença do Tribunal Superior de Justiça de Navarra 9/2008, de 22 de Janeiro: “(...) *Con todo, ello no significa que no puede apreciarse una evolución de la propia doctrina del TC a la hora de enjuiciar este comportamiento empresarial restrictivo (...) hacia otro aspecto más dinámico de los deberes empresariales, acomodando su comportamiento restrictivo hacia el favorecimiento del ejercicio del derecho fundamental en cuestión, en dos matices esenciales: fomento de su ejercicio, y garantía de ejercicio del mismo sin represalias ulteriores (...)*”; e entre outras, e ainda: Sentença de TS, Sala 4ª, de lo Social, 23 de Dezembro de 2010: *y ello integra un supuesto de despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad como extensión natural del derecho de tutela judicial efectiva, recogido por el artículo 24.1 de la Constitución Española. Se trata de una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, cuyo origen se situó en su Sentencia Nº 7 de 1993 en la que se afirma que “represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida”*.

<sup>1186</sup> Nesta linha doutrinal, MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 618, referindo que a primeira manifestação da dignidade e intimidade é o direito à honra, ambos reconhecidos, indubitavelmente, em sede laboral, lembra uma decisão do TCP 223/1992, de 14/02/1992, que se considera que, na época actual, o trabalho é o sector mais importante tanto para o homem como para a mulher em termos de realização pessoal

<sup>1187</sup> Cfr. Acórdão TRP de 07/07/2008, proc. 0812216; Acórdão TRP de 02/02/2009, proc. 0843819 ; Acórdão TRP de 03/10/2008, proc. 0716615.

Estas situações discriminatórias encontram eco na legislação seja pelo artigo 24 do CTP reforçado que está pelo princípio da igualdade previsto no artigo 13 da CRP, bem assim como no artigo 17 do ETE reforçado que está pelo artigo 14 da CE, e através da Directiva 2000/43/CE, relativa à aplicação do princípio da igualdade preceituado no número 1, do artigo 8, que atribui o ónus da prova à parte processada, ou seja, corresponde à parte que foi objecto de queixa, demonstrar que não houve nenhuma violação ao princípio da igualdade, quando uma pessoa possa presumir a existência de uma discriminação directa ou indirecta, mas o que é uma realidade é que o trabalhador vítima de discriminação, pode ser dissuadido a fazer valer os seus direitos no tribunal, por receio de retaliações, por desconhecimento legislativo, ou por falta de confiança nas decisões judiciais.

Mas nada pode substituir o papel do tribunal na aplicação da lei, e mesmo quando existem disposições legais que protegem as pessoas de actos de retaliação, e no caso em particular do trabalhador, os requisitos em matéria de prova são frequentemente bastante exigentes, e há evidências de que a retaliação é ainda comum em litígios com fundamento em discriminação, e intentar uma acção em tribunal por discriminação poderá parecer supérfluo, mas o que é um facto é que as decisões unilaterais na grande maioria da vezes, considerado pelo empregador uma total desonestidade e deslealdade, têm suporte jurídico determinante nas legislações estudadas para que o litígio possa ser favorável ao trabalhador, mas e como já o afirmámos, tem que haver consistência na apresentação da prova.

A delimitação da discriminação tem como preceito a proibição do empregador de qualquer conduta que prejudique ou prive qualquer direito ou isente de qualquer dever o trabalhador<sup>1188</sup>.

O TCE tem considerado prevalente o princípio de não discriminação e igualdade como direito fundamental prioritariamente como um dever do empregador, mesmo em situações de período experimental<sup>1189</sup>, e pode até concluir-se que o empregador não considere a existência uma má fé no exercício de uma atitude discriminatória, situação da qual temos dúvida e liminarmente discordamos, mas o certo é que faltar-lhe-á a obrigação de lealdade para que tivesse agido de forma racional e preventiva na conduta da relação laboral, porque jamais a

<sup>1188</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, pág. 147.

<sup>1189</sup> ETE anotado, Artigo 17, La Ley, pág. 359, citando a STC 166/1988 de 26 de Setembro.

retaliação do trabalhador será justificação para a violação de um direito fundamental, e tanto assim é que o TCE<sup>1190</sup> reiteradamente tem afirmado.

A discriminação é um princípio fundamental tutelado e que impõe o princípio da igualdade, proibindo critérios prejudiciais por parte do empregador, e que sendo corolário determinante para a “*prestação efectiva do trabalho*”<sup>1191</sup>, o que obriga à existência de mecanismos legais e judiciais que possam garantir ao trabalhador ser ressarcido das incongruências através de retaliações empregues e que afectam a relação laboral, convolvando numa violação recíproca da lealdade, pelo que e perante atitudes discriminatórias, resulta frequentemente na rescisão contratual.

O despedimento do trabalhador como retaliação pela acção judicial contra o empregador, para além de uma violação do princípio da boa fé objectiva, constitui uma forma discricionária<sup>1192</sup>, que conduz ao direito do trabalhador ser indemnizado ou reintegrado, pois é doutrinariamente unânime a nulidade da cessação contratual.

<sup>1190</sup> FONS MARTÍNEZ, D.: *La interpretación extensiva del alcance de la garantía de indemnidad en las relaciones laborales*. STC 16/2006, de 19 de Janeiro de 2006, pág. 3; “(...) a impossibilidade de adoptar medidas de represálias derivadas do exercício do exercício pelo trabalhador da tutela de seus direitos, donde se segue à consequência de que uma actuação empresarial motivada por fato de haver exercitado uma acção judicial tendente ao reconhecimento de uns direitos que o trabalhador crer lhe assistir deve ser qualificada como discriminatória e radicalmente nula por contrária a esse mesmo direito fundamental, já que entre os direitos laborais básicos de todo trabalhador se encontra o de exercitar individualmente as acções derivadas de seu contrato de trabalho”.

<sup>1191</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 16ª Ed., Madrid, 1995, pág. 308.

<sup>1192</sup> Cfr. Sentença 198/2001, de 4 de Outubro de 2001: “(...) Alega el recurrente que el único motivo de su despido fue su deseo de denunciar ante la policía del juego las posibles irregularidades advertidas, con el fin de salvar su responsabilidad en el caso de que las mismas constituyesen ilícito penal o administrativo y que su conducta profesional fue irreprochable desde todos los puntos de vista, por lo que no puede ser entendida como transgresión de la buena fe contractual”.

## CAPÍTULO V – O DEVER DE LEALDADE NAS RELAÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO

### *1. O sistema de relações laborais: actores e actividades*

As potencialidades das relações colectivas de trabalho permitem ampliar não só os graus de acção e organização, tanto de empregadores como trabalhadores, devendo proporcionar as garantias necessárias ao exercício das liberdades fundamentais, como seja a liberdade de expressão, reunião e opinião no local de trabalho, tendo como base a criação de oportunidades de diálogo inter-partes, sendo que a preocupação com a cidadania na estrutura da empresa, é uma parte da constitucionalização do Direito do Trabalho.<sup>1193</sup>

As relações sociais geradas no âmbito de uma empresa possuem alguns aspectos particulares, de tal forma que se pode definir as relações laborais como um catálogo de relações estabelecida entre trabalhadores, empregadores e Estado, reguladas por regras específicas, desenvolvidas ao nível da empresa, de uma actividade económica, sector, região ou economia. Podendo estas afinidades ser individuais ou colectivas, estabelecidas pelos próprios interessados ou pelos seus representantes, ou ainda produzir regras formais e/ou informais, e que podem ser um elemento a ter em conta enquanto variável fulcral das opções organizacionais, desde as opções tecnológicas às opções de organização do trabalho, pelo que estamos decididamente na presença de um factor que pode funcionar como facilitador ou inibidor da mudança organizacional, mais propriamente da implementação de novos modelos de produção e organização do trabalho.

A contratação colectiva insere-se num processo de participação dos trabalhadores organizados na decisão colectiva das condições de trabalho celebrando convenções colectivas de trabalho, tendo como fundamento geral do direito de contratação colectiva, o equilibrar da desigualdade real entre os sujeitos da relação de trabalho.

O outro princípio essencial, que se manifesta no plano colectivo, é através do princípio da autodeterminação das vontades colectivas, e este princípio concede às lícitas representações laborais um amplo instrumento para actuação em defesa dos interesses de classe.

---

<sup>1193</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales*, in *Revista de Derecho Social*, nº 6, 1999, págs. 11 e ss.



Os actores<sup>1194</sup> nas relações laborais, interagem e mobilizam diferentes tipos de recursos para atingir os seus objectivos materiais, organizacionais, sociais e políticos.

Porém e apesar da garantia constitucional, a negociação colectiva não tem uma matriz absoluta, porque os actores colectivos não são inteiramente livres de negociar ou de advogarem a abstenção, na simples medida de que o que está em causa é um resultado, que para além do seu aspecto normativo, de um lado, existe a razão de se manter uma relação estrita com a tutela da livre associação sindical<sup>1195</sup>, e por outro, a sua inerência à necessidade de equilíbrio sócio-laboral que se encontra no âmago das preocupações do legislador laboral.

As características organizativas dos actores e as fragilidades apontadas da negociação colectiva parecem explicar que, no caso português, haja lugar a uma deficiente regulação na planificação, preparação e implementação da reestruturação das empresas e das suas transformações tecnológicas e organizativas, pois constata-se que se os actores institucionais não negociaram qualquer convenção colectiva formal orientada especificamente para os problemas postos pela implementação de novas tecnologias nas empresas, ou seja, a abordagem das implicações sociais das transformações tecnológicas e organizativas nas convenções colectivas normais, basicamente, assume uma reacção defensiva e *a posteriori* da parte sindical.<sup>1196</sup>

E como tal as relações colectivas são uma forma de ascensão dos princípios e regras laborais no âmbito constitucional e uma forma reflexa nas relações de trabalho, de maneira que os direitos fundamentais hajam uma aplicação directa em cada preceito do ordenamento jurídico.

Frequentemente encontramos na doutrina a referência ao princípio da compulsoriedade negocial, também e comumente denominado como dever de negociar e que consiste, resumidamente na obrigação das partes travarem contacto no sentido de conseguir uma solução de impasse existente entre elas, e não mais é senão o contrabalançar das desigualdades reais entre os actores da relação laboral.

Isso determina que os intervenientes sociais negoceiem, sob ameaça, muitas vezes, de sofrer algum tipo de sanção no caso de recusa, porém, não há imposição de consolidar um

<sup>1194</sup> Entenda-se que neste trabalho a concepção de “actores” no conceito de negociadores/intervenientes.

<sup>1195</sup> CE, que parte da afirmação indiscutível do princípio do pluralismo político e social, coloca que: “(...) *a la libertad sindical en un lugar central del esquema normativo del modelo democrático de relaciones laborales*”. A este tema dedica directamente do artigo 7 da CE, situado en el título preliminar, e o número 1, do artigo 28 da CE; in BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Ed. Bomarzo, Madrid, 2004, pág. 10.

<sup>1196</sup> Consulta do sitio: <http://www.deep.msst.gov.pt/>, acesso em 22 de Abril de 2013.

acordo na matéria atinente à autonomia colectiva das partes, devendo haver, entretanto, disposição de trocar e analisar propostas.<sup>1197</sup>

A negociação colectiva, tanto em Portugal como em Espanha, é um processo dialéctico de entendimento<sup>1198</sup> entre os actores representantes nas conversações, e que tem uma relevância particular e absoluta para o equilíbrio das relações de trabalho porquanto é através desse processo que os actores dialogam e procuram não só condições de trabalho apropriadas às particularidades de cada fracção profissional, mas também tentar resolver as desavenças e solucionar os conflitos colectivos de interesse.

A liberdade sindical<sup>1199</sup> dos trabalhadores está reconhecida na Lei fundamental de Portugal e de Espanha, e é a consagração de um princípio fundamental do direito colectivo, pressuposto da autonomia colectiva e condição fundamental de defesa genuína e eficaz dos interesses dos trabalhadores, para efeitos de aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados.

Obviamente, que os *actores* envolvidos na representação estão imbuídos de uma realidade de “*debuimus facere*” com probidade e lealdade perante os cânones da boa fé, e este princípio servirá como método interpretativo-integrativo dos negócios jurídicos, bem assim como funciona como norma de limitação ao exercício de direitos subjectivos, daí a relevância que assume no processo de diálogo entre os referidos actores negociais.

Perante uma análise sociológica, e que não é propriamente o âmbito deste estudo, verifica-se que fruto das baixas taxas de sindicalização, motivadas em grande medida pela precariedade do tecido industrial ibérico, pelo elevado desemprego associado a uma crise económica, cada vez mais os trabalhadores procuram, em primeiro lugar, manter os seus postos de trabalho em detrimento da ideia do colectivo, o que se traduz inequivocamente em maiores dificuldades de se estabelecer e organizar estruturas capazes de responder aos fenómenos laborais resultantes da organização multi-empresarial.

Também o pluralismo de associações de empregadores e de associações sindicais, bem como a ausência de limites de representatividade contribui para que a contratação colectiva

<sup>1197</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág. 353.

<sup>1198</sup> Perante os ensinamentos recolhidos a dialéctica é o pensamento que se rege pela lógica hegeliana e apreende o ser complexo, constituído internamente, no seu eterno vir a ser; enquanto que o entendimento é o pensamento que se rege pela lógica formal e apreende os fenómenos como sucessões de estados, vinculando-os apenas externamente.

<sup>1199</sup> A Lei Fundamental proclama a “*Liberdade Sindical*”, razão pela qual manteremos esta designação, contudo a diversidade implícita na expressão “*Liberdade Associativa Laboral*” em detrimento da consagrada “*liberdade sindical*”, é razão acolhida pelos artigos 2 e 10 da Convenção número 87 da OIT.

esteja estagnada, quase num estado letárgico, já que as partes negociadoras, em número excessivo consoante a dimensão do grupo e as actividades que exercem -, apontam mais obstáculos do que soluções, eternizando muitas das vezes o processo negocial, recusando-se a negociar ou não negociando mais do que matérias retributivas, e que se reflecte, na subsistência de uma abundância de Contratos Colectivos de Trabalho, (CCT) pouco adequadas e desarticuladas à dinâmica estrutural que caracteriza o tecido empresarial actual.

O direito das relações laborais colectivas<sup>1200</sup>, pelo facto de ser uma ramificação do Direito do Trabalho, ganha pela especificidade do seu conteúdo uma autonomia relevante no contexto das relações jurídico-laborais, que serão os trabalhadores e os seus representantes, pelo que nos conduzem pelos interesses que envolvem e os conflitos subjacentes à verificação dos princípios gerais próprios do Direito do Trabalho.

O conflito laboral pode traduzir-se pela falta de acordo entre um trabalhador e a entidade empregadora, e na maioria das situações são divergências ao nível das condições de trabalho, das retribuições e outros direitos.

Ponto transparecido doutrinariamente refere-se ao facto de ser inadmissível a defesa de interesse colectivo, ainda que surgido em conflito supostamente individual, por organismos individuais, devendo tal defesa ser feita pelos competentes meios colectivos.<sup>1201</sup>

A abertura das negociações colectivas requer a fixação de uma estratégia, para se estabelecerem táticas e critérios de negociação, sendo que as táticas e procedimentos são regras de conduta próprias à dinâmica e ao objectivo da negociação, onde ao actores se devem ao dever de informação e de adequação, acolhidos que estão como princípios compreendidos na negociação de boa fé e a negociação como dever de paz.

---

<sup>1200</sup> Na senda da evolução ocorrida no âmbito do direito das condições de trabalho, com a qual nos revemos: “*De novo por um motivo de rigor técnico, preferimos designar este centro regulativo do Direito Laboral pela expressão direito das situações laborais colectivas, porque é relativamente às situações jurídicas a que se reportam as suas normas e não aos respectivos titulares nem, muito menos, ao complexo normativo, que o adjetivo “colectivo” pode ser aplicado com propriedade. Para comprovar a impropriedade técnica da designação direito colectivo do trabalho reportada aos titulares das situações laborais, basta, aliás, atentar no facto de algumas situações laborais colectivas serem protagonizadas pelos empregadores e pelos trabalhadores individualmente e com independência em relação às respectivas associações representativas: assim, por exemplo, a legitimidade para a celebração de acordos colectivos de trabalho e de acordos de empresa é do empregador (...) e a adesão à greve é um acto individual de cada trabalhador (...)*”, in PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Almedina, Coimbra, 2012. pág. 34.

<sup>1201</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Noções fundamentais de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 217; MONTTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pág. 700; MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ RODRIGUEZ-SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 369.

A posição dos parceiros sociais nunca é de verdadeira igualdade, como, aliás, a própria CRP reconhece ao dar protecção específica apenas às associações sindicais, enquanto representantes dos interesses dos trabalhadores em face das entidades empregadoras, e a desigualdade das partes nas relações laborais assume particular importância nos direitos de exercício colectivo e particularmente na contratação colectiva.

Perante os condicionalismos que afectam, ou podem afectar o princípio da boa fé, levanta-se aqui a questão do que fazer às comissões de trabalhadores, e aos trabalhadores não filiados em associações sindicais?

Bem, e perante os trabalhadores não filiados, e não obrigados a qualquer vínculo sindical, haveria que garantir que o conjunto de todos os trabalhadores não filiados pudessem eleger, se assim o desejassem, uma comissão de não-filiados que garantisse a sua representação em condições análogas às comissões sindicais de empresa.

Assim sendo, às comissões e subcomissões de trabalhadores, as suas atribuições seriam, na integra, transpostas para as comissões e subcomissões sindicais de empresa, ficando no entanto previsto a possibilidade de, por via de negociação colectiva ou de acordo, o benefício de todas as tramitações negociais inerentes, aliás, solução que tem algumas semelhanças com a solução adoptada em Espanha para os “*Delegados de Prevención*”<sup>1202</sup>, ainda que neste país continuem a existir eleições directas para os “*Comités de Empresa*”, embora sendo a promoção da eleição e a proposta de candidaturas feita pelas organizações sindicais.<sup>1203</sup>

A principal função dos sindicatos é a de representação das suas bases laborais, e a dimensão privada enquanto entidade representativa e legal dos trabalhadores, será toda aquela em que o sindicato se coloca num diálogo ou confronto com a entidade empregadora, defendendo os interesses colectivos da categoria profissional, e no relacionamento com todas as áreas administrativas externas à empresa, públicas ou privadas -, visando à solução de problemas laborais na área de actuação para a qual foram eleitos, tendo como corolários essenciais a honestidade das conversações, um relacionamento profícuo às aspirações da classe que representam e a um comportamento leal com todos os parceiros envolvidos e interessados.

O número 5, do artigo 56 da CRP garante aos representantes eleitos dos trabalhadores protecção legal contra quaisquer formas de constrangimento ou limitação do exercício das

<sup>1202</sup> Cfr. Lei 31/1995, artigos 34 e 35.

<sup>1203</sup> Cfr. Lei 8/1980, artigos 67 e 69.

suas funções, tutela que é concretizada, nomeadamente, na consagração de disposições sobre a justificação das ausências ao trabalho e na concessão de créditos de tempo remunerado para o exercício da actividade sindical, sendo que a representação colectiva é uma expressão de cidadania democrática.<sup>1204</sup>

E esta função de representação, é relevante, pois por conta dela existe o propósito de defesa e coordenação dos interesses dos trabalhadores, não só no campo extra-judicial, como judicial, e como já referimos a actuação perante as autoridades administrativas (ACT, p. ex.) ou através de representação e/ou substituição processual quando se trate de conflitos de índole judicial.

O sindicato é uma das formas que os trabalhadores têm de se poder organizar para defender seus interesses profissionais, e será uma forma ampla de auto-organização dos interesses do trabalho, enquanto que o trabalhador individual pode, também, perseguir o objectivo dessa defesa por meio de instrumentos organizativos diversos das estruturas oficiais do sindicato, como seja através de alianças mais ou menos ocasionais ou por meio de instrumentos de representação dos trabalhadores não filiados nos sindicatos.

O facto é que as organizações representativas dos trabalhadores têm vindo a assumir-se como forma de obtenção dos direitos inerentes às reais necessidades dos trabalhadores e têm-se difundido de forma generalizada, havendo contudo uma distinção básica do sindicato com estas organizações, e que apesar que de forma ampla percorre os mesmos objectivos, pode ser resumida em dois pontos: a vinculação associativa preponderante, e não exclusiva, nos sindicatos e indiferente nas representações internas; e as funções exercidas pelas organizações representativas no processo de negociação.

Destacar-se-á o incentivo à negociação colectiva, de forma a que as normas resultantes do plano colectivo possam prevalecer, de certo modo, sobre as do plano individual, bem assim como se determina que certas matérias possam ver o seu tratamento no âmbito colectivo, e por fim a própria vigência dos instrumentos negociados.

Ora, este sistema implícito na negociação colectiva, e tratado de forma auto-suficiente, naturalmente, amplia os direitos dos trabalhadores, e por força do acordado estabelece o princípio da auto-determinação das vontades colectivas.

Embora a lei reconheça igualdade de direito de celebração de convenções colectivas a todos os níveis de representação sindical e empregadora, a prática social instituída é a da

---

<sup>1204</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, págs. 50 e ss.

contratação colectiva se fazer pelos sindicatos de base e pelas federações, no que se refere ao actor sindical e, no que respeita ao actor empregador, pelas associações empregadoras de base e pelos próprios empregadores/empresas.

Sobre a participação institucional dos sindicatos, traduzem-se numa efectiva participação que determina que uma intervenção que possibilite a negociação, permita a apresentação e a defesa de propostas em tempo útil, de forma a poder influenciar os conteúdos das políticas.

A capacidade para intervir como sujeito na negociação colectiva exige, antes de mais, capacidade para agir colectivamente, e convém referir que os trabalhadores, individualmente considerados, e de acordo com o artigo 37<sup>1205</sup> da CE, carecem desta capacidade, que só se concebe do lado laboral a respeito de representações colectivas ou de grupo, como aliás é corroborado pela doutrina espanhola<sup>1206</sup>, que embora se reconheça a extensão do preceito constitucional quanto à titularidade do direito à negociação colectiva laboral, os artigos 87 e 88 do ETE preferiram seleccionar os sujeitos colectivos dotados de um substrato organizativo mais estável: os sindicatos e os representantes unitários eleitos na empresa e centros de trabalho.

No que diz respeito à empresa, coloca-se a questão de legitimidade numa situação diferente, na medida em que o empresário individual tem por si só a capacidade para ser sujeito da negociação colectiva de empresa, porque é, por hipótese, o titular das relações colectivas que mantém com o trabalhador ou conjunto de trabalhadores.

Porém, no procedimento de convénio numa entidade supra-empresarial desponta do lado do empregador a necessidade de representação através de um sujeito colectivo, isso porque, nesta hipótese, o legislador optou por um tipo de sujeito dotado de base organizativa consistente, que é a associação empresarial ou a confederação empresarial.

O convénio ou a convenção colectiva de trabalho, representa o resultado da negociação desenvolvida pelos representantes dos trabalhadores e dos empregadores, e como tal, a ambas as representações o artigo 37 da CE reconhece capacidade convencional.

Todavia, na negociação colectiva estatutária, ou seja, aquela que se outorga eficácia normativa geral ou *erga omnes*, a capacidade negociadora é outorgada a umas específicas estruturas representativas e não a outras, e daí resulta que, quando se trata de negociar um

<sup>1205</sup> Nos termos do artigo 37 da CE: “*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*”.

<sup>1206</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCIA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004, págs. 337-338.

convénio estatutário supra-empresarial, as regras de legitimação não são as mesmas daquelas previstas no artigo 87 do ETE.

Os trabalhadores encontram-se legitimados através do número 2, do artigo 87 do ETE exclusivamente os sindicatos, e especificamente, desta forma a questão de legitimidade para a negociação colectiva, como aliás é corroborado pela doutrina portuguesa<sup>1207</sup>, que não se refere somente à atribuição de quem pode ou está capacitado para negociar, mas sobretudo e também à actuação do dever de negociar.

Quanto ao Estado, e em razão da autonomia sindical, não pode interferir na criação, dissolução, organização, administração e actuação do sindicato, não sendo lícita a imposição de limites ilegítimos, nem afastamentos de directores, nem intervenção nos estatutos.

Estes pressupostos estão ainda reforçados pelas constituições ibéricas, e a CRP consagra o direito dos trabalhadores de criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses, tal com estipula o artigo 54, bem como reconhece a liberdade sindical no artigo 55, e segundo o artigo 7 da CE: *“Os sindicatos de trabalhadores e as associações empresariais contribuem para a defesa e promoção dos interesses económicos e sociais que lhe são próprios. A sua criação e o exercício da actividade são livres no que respeita à Constituição e à Lei. A sua estrutura interna e o funcionamento deverão ser democráticos”*.

*“A posição dos parceiros sociais nunca é de verdadeira igualdade”*<sup>1208</sup>, como, aliás, a própria CRP reconhece ao dar protecção específica apenas às associações sindicais, enquanto representantes dos interesses dos trabalhadores em face das entidades de empregadores.

A actuação dos sindicatos deve merecer a liberdade tão suficiente quanto necessária, em prol do alcance da sua finalidade na defesa dos seus representados, não devendo sofrer qualquer tipo de limitação, salvo as necessárias à ordem jurídica e à segurança nacional, e deste modo inclui-se também o direito de greve e de negociação colectiva, que são formas de actuação do sindicato, e devem ser exercidas livremente, dentro do princípio da legalidade.

A multiplicidade representativa concerta-se à ideia de estímulo à concertação social tão presente na actuação da OIT, ainda mais considerando-se o pluralismo tão peculiar das sociedades actuais, podendo entender-se por um sistema de permanente diálogo social entre poder público e as permitidas representações, visando democratizar o poder, dar maior legitimidade às políticas de administração pública das relações de trabalho, além de proporcionar que os próprios actores sociais envolvidos participem directamente no processo

<sup>1207</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 675.

<sup>1208</sup> Cfr. Acórdão do TCP 338/2010, Processo n.º 175/09.

de transformação de suas pretensões em direitos, e como se observa; para a OIT, trata-se de um indispensável processo de responsabilização dos actores sociais no propósito do bem-estar e da prosperidade da comunidade em geral, ainda mais se considerarmos a complexidade crescente dos problemas que se colocam nas sociedades.

A desigualdade das partes nas relações laborais assume particular importância nos direitos de exercício colectivo e particularmente na contratação colectiva, e na realidade, foi através da contratação colectiva que os trabalhadores conquistaram um significativo acervo de direitos, como seja da limitação da jornada de trabalho -, e ao fazer caducar as convenções colectivas, põem em causa mesmo relativamente aos direitos adquiridos.

Conquanto as convenções e acordos colectivos transportem normas de carácter geral voltadas para a administração abstracta das relações de trabalho, embargam inequivocamente, um componente contratual, pois são fruto de um acordo de vontades entabulado entre duas partes distintas e autónomas, quais sejam, a empresa ou entidade empregadora, de um lado, e o sindicato de outro, e neste sentido é apropriada a doutrina espanhola,<sup>1209</sup> considerando que o convenção colectiva é um acordo ou contrato entre as partes trabalhadoras e empregadoras, acordo que por si só determina direitos e deveres, a denominada “*parte obrigacional*” da convenção colectiva -, entre as partes que combinam o pacto, tendo ao mesmo tempo uma eficácia normativa, pois tem como objectivo nuclear o estabelecimento das condições a que se não-se submeter os contratos de trabalho.<sup>1210</sup>

De resto a lealdade imposta e inerente à elaboração das convenções implica que durante as negociações hajam todos os esforços para se chegar a um consenso positivo, ou seja, não bastará a transcrição escrita para a acta, devem as partes proceder de forma a que todas as propostas fiquem esclarecidas e justificadas, porque acima de todas as suspeições negociais, a boa fé exige que não existam simulações do que se está a negociar de maneira a não ficarem conteúdos desajustados ou incongruentes.

É comum, o entendimento conceptual que os cargos de representação ou equiparados, revestem um carácter fiduciário, de tal forma que pela sua própria natureza, são precários, mesmo que se prolonguem por algum tempo, revestem uma forma transitória também e sobretudo pela carga electiva que revestem, tornam-se por vezes vulneráveis a pressões de vária índole, sendo que dessa pressão pode resultar uma grau de deslealdade para com os princípios do mandato, que tendo uma “*carga*” de confiança recíproca, constitui uma

<sup>1209</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 28ª Ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 155.

<sup>1210</sup> Tradução do autor e na senda da doutrina espanhola mencionada.



obrigação de lealdade que não é apenas acessória, mas sobretudo nuclear para a ponderação funcional e objectiva do mandato de representação que a função implica.

O próprio CTP dispõe a autonomia e independência das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, e vai mais além regendo o regime subsidiário das associações representativas, estabelecendo que, com respeito pela autonomia estão sujeitas ao regime geral do direito de associação, não devendo estar sujeitas a pressões nem interferências das entidades empregadoras nem do Estado, no mais elementar princípio da boa fé.

Nas relações laborais, as partes são obrigadas a reunir-se e discutir um acordo, embora não sejam obrigadas a celebrá-lo, porém a tentativa de ajustar diferenças e alcançar bons resultados para ambas as partes, a oferta e discussão de contrapropostas, através da posição clara das partes, e a proibição de comportamento evasivo nas negociações, são requisitos inerentes ao princípio geral da boa fé, que não sendo uma norma, sem possuir o intuito de se reduzir numa ou mais que uma obrigação, tem todavia um preceito que é o facto de ser um princípio fundamental, ou seja é algo que deve ser admitido como premissa de qualquer ordenamento jurídico.

O princípio da boa fé no sistema das relações laborais colectivas tem um sentido muito específico, em virtude da componente pessoal existente, que envolve interesses do trabalhador e empregador numa relação de carácter continuado, e é evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas, e não meras cláusulas, conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. Não se trata aqui de um simples pacto de negócio jurídico entre indivíduos, onde a privacidade prepondera, trata-se de negócio jurídico colectivo, no exercício da chamada autonomia privada colectiva, dirigida a produzir universos normativos reguladores de importantes comunidades humanas, isto é, a transparência aqui pertinente é, sem dúvida, maior do que a que envolve negócios jurídicos estritamente individuais, e daí que seja mais largo o acesso a informações adequadas à formulação de normas compatíveis ao segmento social envolvido.

A boa actuação concretiza-se através de deveres de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionam de modo específico, como uma conduta, e daí que tenha uma natureza supletiva tendencial, e esta supletividade tem por outro lado uma enorme extensão, pelo que não é possível em termos abstractos determinar áreas imunes à boa actuação dos actores, pois que ela actua ou não, perante as circunstâncias, e

dessa forma “*reduz a margem de discricionariedade da actuação privada em função de objectivos externos*”.<sup>1211</sup>

Ora, e no caso das negociações colectivas, os deveres acessórios decorrentes do princípio da boa fé objectiva voltam-se, justamente, para o fim de assegurar a igualdade material entre os actores sociais na fixação dos aspectos pertinentes às relações de trabalho, de modo a evitar a materialização de condutas que possam redundar na desmesurada preponderância de uma das partes em tais procedimentos.

E o dever da lealdade e transparência nas negociações colectivas visa assegurar condições efectivas de concretização prática da equivalência teoricamente assumida entre os sujeitos que actuam no sistema, no entanto o dever de lealdade pode ser entendido como o dever de cumprir as propostas formuladas, e tenha-se em consideração, por exemplo, que se o representante da entidade empregadora em negociação se dispôs a conceder aumento de retribuição de 20%, não pode em audiência de dissídio retroagir para 2%, tendo em vista o dever de lealdade.

A sincera intenção de obter uma solução negociada, formulando propostas e concessões indicativas de lealdade, a vedação quanto à implementação de condutas unilaterais tendentes a alterar o objecto da negociação ou postergá-la para além do razoável, a vedação quanto ao estabelecimento de pré-condições desajustadas para a negociação colectiva, o dever de não ignorar os legítimos agentes da negociação colectiva, o dever de prestar informações relevantes sobre questões determinadas de interesse das partes, o dever de não alterar subitamente as condições da negociação, bem como o dever de não negar informações e de não demonstrar comportamento insultuoso, são critérios nucleares de lealdade nas relações laborais colectivas.

Nesse mesmo sentido a OIT conclui de que o princípio da boa fé, subjacente ao instituto da negociação colectiva, impõe e presume a actuação das partes pautada pelo real intuito de fixarem normas de comum acordo para a regência das relações laborais, como também pela colaboração mútua e pela efectiva discussão das propostas em tempo razoável, e com total lealdade nos propósitos, e tanto os empregadores como os sindicatos devem negociar com probidade necessária, realizando esforços para chegar a um acordo, e a existência de relações de trabalho satisfatórias depende primordialmente da actuação recíproca das partes e de sua confiança mútua.

---

<sup>1211</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 649.

Ter uma conduta leal não conduz a que as partes abandonem os interesses que representem ou que enfraqueçam suas defesas, mas impõe que elas negociem efectivamente, procurando atingir um consenso e prevenindo atitudes alheias à busca séria de um acordo, bem como comportamentos susceptíveis de ter efeitos contraproducentes, devendo a negociação ser pautada por padrões éticos e com lealdade.

A natureza exigente na negociação colectiva como técnica mais eficiente e rápida do que a lei para resolver conflitos e criar direitos e obrigações de interesse das partes, exige também especial disciplina ética do comportamento dessas mesmas partes na negociação, porque acima de um qualquer preceito legal, a lealdade é essencial à manifestação de vontade e à eficácia da conduta das partes em qualquer contrato, porque é o pressuposto da sua lealdade negocial e condição de confiança recíproca no propósito de cumprir o contratado, ou seja, os actores negoceia de boa fé e procedem com lealdade em todas as discussões, bem como no que seja acordado, porque se assim não acontecer, o efeito prático e literal é a sanção pela prática de má fé e deslealdade.

## ***2. O dever de lealdade da empresa perante os representantes dos trabalhadores***

Existe a obrigação dos empregadores fornecerem informações relevantes para os representantes dos trabalhadores aquando da realização de negociações colectivas, imbuído que está do dever de colaboração e transparência, sendo tal dever recíproco, muito embora seja mais invocado pelos sindicatos com vistas à obtenção de informações detidas pelos empregadores sindicalizados; contudo o dever de fornecer informações, tal como o dever de negociar de boa fé, depende frequentemente das circunstâncias a envolverem o caso concreto, sendo que as informações precisas sobre as matérias que envolvem a negociação, adquirem uma relevante importância na medida em que os procedimentos têm como finalidade produzir normas gerais e abstractas<sup>1212</sup>, cujos enunciados irão reger a totalidade das relações laborais entre os trabalhadores, individualmente considerados e a empresa.

Com efeito, para que, e principalmente o sindicato dos trabalhadores possa formular a lista de reivindicações a fim de iniciar a negociação colectiva, é necessário conhecer as reais condições da empresa e a real capacidade desta em assumir determinados pleitos que a categoria julga sabíveis.

---

<sup>1212</sup> Há doutrina que defende que, enquanto no conflito individual, o interesse discutido é concreto, no conflito colectivo o interesse é abstracto e neste sentido MARTÍN VALVERDE, A., GUTIÉRREZ RODRIGUEZ-SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 4ª Ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 368.

Os representantes, através da Comissão de Trabalhadores, mantém os trabalhadores permanentemente informados sobre todos os assuntos relevantes para os direitos e interesses dos mesmos.

Nos termos do artigo 1, da Convenção 135, relativa à protecção e facilidades a conceder aos representantes dos trabalhadores na empresa<sup>1213</sup>, estes “*devem beneficiar de uma protecção eficaz contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento, e que sejam motivadas pela sua condição de representantes dos trabalhadores ou pelas actividades dela decorrentes, pela sua filiação sindical ou pela sua participação em actividades sindicais, na medida em que actuem em conformidade com as leis, convenções colectivas ou outras disposições convencionais em vigor*”.

A tutela diferenciada e reforçada dos representantes eleitos dos trabalhadores acolhidos no número 6, do artigo 55 da CRP assenta numa dupla *ratio*: uma “*dimensão subjectiva, consistente em acautelar a segurança no emprego dos trabalhadores em causa, e uma dimensão objectiva, de molde a criar condições para o efectivo exercício da liberdade sindical e dos direitos colectivos dos trabalhadores*”.<sup>1214</sup>

O ETE estabelece os sujeitos negociadores através de dois tipos de representação<sup>1215</sup>, reforçada que está pela garantia do direito à negociação colectiva atribuída pelo número 1, do artigo 37 da CE.

“*Os trabalhadores deverão gozar de adequada protecção contra quaisquer actos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego*”, assim estabelece o artigo 1, da Convenção 98 da OIT de 1949, e terá como objectivo da garantia de emprego subjacente a este preceito, o facto do dirigente sindical estar sujeito a represálias por parte do empregador, pelo facto de o dirigente postular direitos para a categoria que detém enquanto representante dos trabalhadores.

As estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, previstas no artigo 404 do CTP, definem as seguintes representatividades legais dos trabalhadores: as associações sindicais; comissões de trabalhadores e subcomissões de trabalhadores; representantes dos

<sup>1213</sup> Aprovada por Portugal, para ratificação pelo Decreto nº 263/76, de 8 de Abril.

<sup>1214</sup> AMADO LEAL, J.: *O estatuto dos representantes dos trabalhadores em matéria de transferência e despedimento*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 137, nº 3948, Janeiro-Fevereiro de 2008, págs. 151-165.

<sup>1215</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 16ª Ed., Tecnos Madrid. 1995, pág. 162; “(...) *La sindical, que se encomienda a los sindicatos*” (número 2, do artigo 87 do ETE), “(...) *así como a las representaciones sindicales en la empresa o ámbito inferior*” (número 1, do artigo 87 do ETE); e a “(...) *la llamada representación “unitaria”, atribuida al Comité de empresa y a los Delegados de personal*”, (número 1, do artigo 87 ETE).

trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho; outras estruturas previstas em lei específica, designadamente conselhos de empresa europeus; sendo que no artigo 405, e sobre a epígrafe da autonomia e independência, determina a proibição de actuação de qualquer instituição, inclusive patronal, relativa à gestão e ao financiamento, nas representações de trabalhadores.

Todavia no artigo 406, estabelece-se que são proibidos acordos com o trabalhador, relativos a sindicalizar-se, ou não, e que possa afectar a permanência e o desempenho do trabalhador na empresa, portanto, na proibição de actos discriminatórios, da autonomia ou independência sindical, ou por acto discriminatório, impõe-se à empresa a pena de multa até 120 dias e à prisão de até 1 ano, dos responsáveis da direcção e chefia, caso violem o que está determinado nos artigos 405 e 406 do CTP.

Enquadrando esta norma na unidade da lei, por via da Convenção 135 da OIT, ratificada pelo Estado Português, onde se estipula nos parágrafos 1 e 2, do artigo 2 que “(...) *na empresa devem ser estabelecidas facilidades aos representantes dos trabalhadores, de forma a permitir-lhes desempenharem rápida e eficazmente as suas funções (...)*”, então haverá que concluir que existe a obrigação do empregador conceder facilidades maiores que as mínimas previstas no CTP e RCTP, atentas as necessidades, a importância e as possibilidades da empresa em concreto ainda que essa disposição não resulte directa da leitura do CTP e sua Regulamentação.

A diversidade representativa consagra a ideia de inexistência de formas pré-estabelecidas para a representação dos trabalhadores, e de certa forma a ideia de diversidade já se encontra parcialmente fundamentada ao se justificar a utilização da expressão “*liberdade associativa laboral*” em detrimento da consagrada “*liberdade sindical*”, e em conformidade com os artigos 2 e 10 da Convenção 87 e do artigo 2 e 19 da Convenção 87, do artigo 2 da DRPDFT de 1998<sup>1216</sup>, e da Declaração de Filadélfia.<sup>1217</sup>

Ao representante dos trabalhadores atribui-se o privilégio de garantia constitucional em razão de seu nítido carácter representativo de direitos constitucionais e legais dos trabalhadores, tais como direito à intimidade, vida privada, integridade física, limitação da jornada de trabalho, intervalos para descanso e direitos remunerativos.

<sup>1216</sup> A declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho (DRPDFT), classifica no preceito enunciado como garantia fundamental para o trabalho digno, e enquanto elemento concretizador da dignidade da pessoa humana na relação jurídico-laboral, entre outros temas, a liberdade de associação e a liberdade e reconhecimento efectivo do direito à negociação colectiva.

<sup>1217</sup> Não esquecendo que a Declaração de Filadélfia (Declaração relativa aos fins e objectivos da OIT) consagra a liberdade de associação como um dos princípios fundamentais sobre os quais se sustenta a actuação da OIT.

O representante dos trabalhadores junto do empregador é detentor da estabilidade, nos mesmos moldes aplicados aos dirigentes sindicais, porque se aplica a todos aqueles que ocupam funções de defesa directa dos interesses de sua classe profissional.

Segundo a Convenção 135 da OIT, podem ser tanto os representantes nomeados ou eleitos pelo sindicato que representa os trabalhadores, quanto os representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional aplicável, ou de convenções colectivas, cujas funções não se estendam a actividades que sejam reconhecidas como prerrogativas exclusivas dos sindicatos, tal como alude o artigo 3, da Convenção 135 da OIT.

Da consciência dos trabalhadores quanto à necessidade de melhoria nas suas condições de trabalho resultou a constatação da necessidade de relações colectivas de trabalho que requerem, além da actuação do sindicato, o reconhecimento do direito dos trabalhadores de se organizarem no âmbito da empresa.

Especificamente, a transformação da organização do trabalho no modelo pós-fordista requer a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, devendo-se considerar, ainda, a dificuldade da actuação sindical decorrente da lógica conflitual que privilegia a contratação como método regulativo das relações de trabalho.

Enquanto os sindicatos unem os trabalhadores no plano da profissão e do local de trabalho, a representação dos trabalhadores oferece um quadro mais restrito e um vínculo mais estreito, da qual se infere que os trabalhadores de determinada empresa estão presos por laços de maior poder vinculativo em relação aos seus colegas de trabalho contratados por empresas próximas.

Do texto da referida convenção merece destaque a menção a uma protecção eficiente contra quaisquer medidas que prejudiquem a actuação do representante, bem como a garantia de facilidades que possibilitem o cumprimento rápido e eficiente de suas funções, desde que não resulte em prejuízo ao funcionamento eficiente da empresa.

Também, e porque existe por parte dos sindicatos uma certa atitude de *“ignorância”* dos representantes dos trabalhadores, razões que em parte são justificadas pelo receio de *“perda de protagonismo”* no papel de defesa dos interesses dos trabalhadores.

Ora e nesta temática não deve o empregador criar obstáculos à escolha do representante dos trabalhadores, e não custa recordar que a definição de um interlocutor é necessária à efectiva protecção dos direitos dos trabalhadores contratados pela empresa, cujos interesses económicos também são atendidos quando perante a presença de um diálogo rápido

e efectivo entre empregador e trabalhadores. Mas o aspecto mais importante diz respeito à necessária participação do empregador na plena efectivação do direito fundamental em questão, e não se justifica a adopção de uma postura omissiva e descomprometida por parte da empresa, quando se trata da escolha do trabalhador-representante.

É, portanto, dever do empregador, juntamente com o sindicato e com os próprios trabalhadores contratados, tomar providências necessárias à execução do processo de escolha, entre as quais, exemplificativamente, se citam a disponibilização de espaço físico para a realização de assembleias/reuniões, a facilidade de trabalhadores para organizar o processo de escolha do representante, bem como o fornecimento de toda a estrutura necessária para a realização de um qualquer processo eleitoral do interesse legítimo dos trabalhadores.

O ETE promove a obrigação do empregador informar os representantes dos trabalhadores de algumas questões, devendo ser salientadas: a informação sobre os trabalhadores sujeitos a destacamento e que sofram alteração do contrato de trabalho, informação sobre sanções por faltas muito graves e informação sobre a sinistralidade e absentismo na empresa.

O CTP prevê que os representantes eleitos dos trabalhadores gozem do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções, ainda que, e nesta matéria como se assinala na doutrina constitucional<sup>1218</sup> e nesta perspectiva, não é de excluir que a protecção do exercício da actividade sindical dos representantes dos trabalhadores se possa concretizar por diferentes formas, designadamente no que toca à extensão e tipo de regime de protecção.

E reforçando o que foi referido, o número 5, do artigo 56 da CRP, garante aos representantes eleitos dos trabalhadores protecção legal contra quaisquer formas de insatisfação ou restrição do exercício das suas funções, tutela que é concretizada, nomeadamente, na consagração de disposições sobre a justificação das ausências ao trabalho e na concessão de créditos de tempo remunerado para o exercício da actividade.

Dispõe ainda o número 6, com efeito, que: *“os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à protecção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções”*, e tal direito comporta, pois, duas dimensões: uma dimensão subjectiva, visto que através de tal preceito se reconhece aos trabalhadores um

<sup>1218</sup> Cfr. Acórdão do TCP de 12 de Julho de 2001.

direito de defesa aquando do exercício das suas funções; e uma dimensão objectiva, dado que as formas de concretização daquela dimensão defensiva carecem de determinação pelo legislador ordinário, para o qual se opera uma remissão expressa e inequívoca.<sup>1219</sup>

Na concretização desta incumbência constituinte e no que diz respeito “à *extensão e tipo de regime de protecção*” adequada, goza o legislador de alguma “*liberdade de conformação*”, “*ressalvados que sejam sempre o fim e o efeito de protecção constitucionalmente devida aos representantes dos trabalhadores*”.<sup>1220</sup>

Tal margem de configuração deve ser lida no quadro internacional, tendo em conta as Convenções da OIT a que Portugal se acha vinculado<sup>1221</sup>, no entanto, como qualquer outro direito fundamental, a liberdade sindical e concretamente o direito de protecção legal adequada dos representantes eleitos dos trabalhadores, não existe desgarrado de outros bens e direitos constitucionalmente protegidos, designadamente o direito de iniciativa económica privada, na sua modalidade de liberdade de actividade da empresa, tendo sido por várias vezes enfatizada pela jurisprudência constitucional portuguesa.<sup>1222</sup>

O núcleo essencial do direito dos representantes dos trabalhadores na sua protecção legal adequada, constante do número 6, do artigo 55 da CRP<sup>1223</sup>, concretiza-se numa proibição de constrangimentos à respectiva actividade, proibição essa que reclama, – certamente –, a consagração da figura das ausências justificadas, e até mesmo a figura das ausências remuneradas. Os artigos 454 e 455 do CTP, são neste sentido normas jurídicas

<sup>1219</sup> GOMES CANOTILHO, J.J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, pág. 737.

<sup>1220</sup> Cfr. Acórdão do TCP 326/2001, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), acesso em 25/04/2013.

<sup>1221</sup> E neste sentido as convenções 98 e 135 da OIT.

<sup>1222</sup> No Acórdão 1172/96, por exemplo, o Tribunal Constitucional Português, foi confrontado com a questão da alegada inconstitucionalidade do artigo 22, nº 1, do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, na interpretação segundo a qual as faltas dadas pelos dirigentes sindicais, para além do crédito de horas que lhes é atribuído, podem ter reflexos, nomeadamente de ordem económica (quanto à atribuição de prémios de assiduidade e de participação nos lucros das entidades patronais) para além dos que resultam da perda de retribuição pelo tempo de serviço perdido; disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), e acesso em 25 /04/2013.

<sup>1223</sup> Pelo número 6 do artigo 55 da CRP, os dirigentes sindicais, enquanto “*representantes eleitos dos trabalhadores, gozam do direito à informação e consulta*”, contudo este direito, introduzido na revisão constitucional de 1997, não teve conteúdo e destinatários minimamente definidos, a não ser quanto aos delegados sindicais, tal se induz do artigo 503 do CTP.

Na realidade, o texto constitucional refere-se a “*representantes eleitos dos trabalhadores*” e não a dirigentes sindicais (e membros das comissões de trabalhadores), como não indica as entidades que devem consultar ou prestar a informação (empresas? associações de empregadores? serviços públicos?), e nem sequer se pode ter uma ideia muito clara sobre o objecto da consulta ou da informação. Parece que, à medida que vai decrescendo a real influência dos sindicatos, o legislador capricha em lhes atribuir novos direitos. Supomos que a natureza e o conteúdo destes direitos terão de ser minimamente densificados pelo legislador ordinário, sob pena de inefectividade, de qualquer modo, o CTP prevê o dever de reserva e confidencialidade a propósito no artigo 458 e ss. e, estranhamente, estabelece contra-ordenação onde não explicitou qualquer dever para o empregador, tendo a matéria apenas relevo a propósito dos delegados sindicais, nos termos do artigo 503 do CTP.



concretizadoras, mas também, e em certa medida –, conformadoras de um direito fundamental atenta a extensão da imposição expressa de intervenção legislativa constante do número 6, do artigo 55 da CRP.<sup>1224</sup>

É pertinente, e em razão desta matéria aferir que o ETE prevê também que os órgãos de representação dos trabalhadores, não só devem receber informação por parte do empregador, como também devem emitir informação sobre algumas matérias, em que se destaca a organização do trabalho na empresa, e no caso em apreço releva-se os planos de formação profissional, a modificação colectiva de algumas condições de trabalho, como seja a redução do horário de trabalho, as fusões ou rescisões de contratos de trabalho, ou seja, devem por conseguinte os representantes ser informados das decisões, que ainda que perceptivos e obrigatórios, não são vinculativos, o que de resto é perfeitamente comparável ao preceituado pelo CTP.

Assim o empregador está adstrito a um dever geral de urbanidade e de lealdade com os representantes dos trabalhadores no âmbito da sua obrigação de proporcionar as informações necessárias e pertinentes ao salutar desenvolvimento sistémico as relações laborais.

As garantias subjacentes à função de representantes dos trabalhadores têm um alcance que podem ter uma ordem procedimental, isto é, impõem formalidades adicionais ao poder disciplinar, ou ainda de índole material, ou seja, limitam o próprio conteúdo desse poder em relação a algumas questões, e o ETE promulga esses requisitos com a necessidade da abertura de expediente contraditório no caso de sanções por faltas graves, o que mais não é que a obrigação de ouvir as partes interessadas, e por outro lado os representantes dos trabalhadores não podem arbitrariamente ser despedidos nem sancionados no exercício das suas funções, bem como, e perante o mandato em que forma incumbidos enquanto este não expirar, detêm essa prerrogativa salvo se pedirem a renúncia do cargo e é na realidade uma garantia material que assegura a imunidade da função enquanto representativa.

O dever de lealdade do empregador, e pelos pressupostos que vêm sendo referidos, admite ainda que este não possa em caso de despedimento improcedente, obstar a que o representante dos trabalhadores seja readmitido ou tenha direito a indemnização, caso em que o CTP, e com a revisão de 2009 prevê que o empregador possa optar pela indemnização ou reintegração, sempre com o fundamento em factos e circunstâncias que tornem o regresso do representante gravemente prejudicial e perturbador para a empresa.

---

<sup>1224</sup> VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 211.

A Directiva 2001/86/CE do Conselho<sup>1225</sup> completa o regulamento no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores<sup>1226</sup>, a fim de garantir que a constituição de uma sociedade europeia não conduza à redução das práticas de envolvimento dos trabalhadores existentes nas sociedades participantes na sua constituição, sendo que esta garantia dos direitos adquiridos dos trabalhadores quanto ao seu envolvimento nas decisões das sociedades é o princípio fundamental e o objectivo declarado da directiva.

Os direitos dos trabalhadores em vigor antes da constituição da(s) sociedade(s) europeia(s) constituem um ponto de partida para a definição dos seus direitos em matéria de envolvimento sendo que este objectivo é alcançado principalmente através de um acordo negociado entre a direcção/administração das sociedades em causa e os representantes dos trabalhadores.<sup>1227</sup>

Um outro direito reconhecido a cada trabalhador é o de eleger um ou mais delegados para exercer funções de representação em matéria de segurança e saúde laboral, e esta figura, inspirada na tradição escandinava e nomeadamente na lei sueca sobre Segurança e Saúde Laboral de 1978<sup>1228</sup>, devendo o empregador proporcionar condições para que o(s) representante(s) dos trabalhadores para a segurança e saúde laboral possa(m) receber uma formação adequada, como seja o caso licença com retribuição em caso de formação externa, e não está todavia previsto nenhum crédito anual de horas para a formação dos representantes dos trabalhadores.

Tanto o ETE como o CTP prevêem também que os representantes dos trabalhadores não sofram represálias através da discriminação em razão do cargo que ocupam, e durante a actividade representativa, é-lhes outorgada uma panóplia de facilidades ampliadas pela convenção colectiva, não só pela forma de transmitir conceitos e/ordens aos representados, bem como pelas condições materiais que lhes são disponibilizadas pelo empregador, o que caracteriza e reforça a liberdade de expressão que lhes é concedida, seja através de publicação ou distribuição, salvaguardadas que estejam a produtividade e perfeito desenvolvimento da empresa.

<sup>1225</sup> Cfr. a Directiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, que completa o Estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores, JOL 294 de 10/11/2001, pág 22.

<sup>1226</sup> Entende-se por “envolvimento dos trabalhadores” qualquer mecanismo, incluindo a informação, a consulta e a participação, através do qual os representantes dos trabalhadores possam influir nas decisões a tomar no âmbito da sociedade., tal como a alínea h), do artigo 2 da Directiva).

<sup>1227</sup> Consulta da revisão da Directiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, que completa o estatuto da sociedade europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores.

<sup>1228</sup> Distinta da comissão de trabalhadores cuja criação está prevista na CRP através do artigo 54, enquanto *direito colectivo* de participação na gestão da empresa.

Ou seja, os representantes dos trabalhadores gozam de prerrogativas representativas perfeitamente salvaguardadas e tuteladas que por tal circunstância lhes são inerentes, devendo o empregador, não só pelas normativas subjacentes, tanto no CTP como no ETE, proceder no mais elementar princípio da boa fé, mas e sobretudo, proceder de uma forma respeitosa pela função desempenhada, com lealdade, e como uma reciprocidade leal, devem também os representantes ter uma conduta de tal forma.

No entanto existem muitas actuações por parte do empregador<sup>1229</sup>, que objectivamente obstam, ou dificultam, a actividade dos representantes, e que não se encontram tipificadas, e é o caso, por exemplo, da não existência de disposição, pelo menos directa, que obrigue à não discriminação dos representantes dos trabalhadores no pagamento de prémios e outras gratificações. Com efeito, esta medida é muitas vezes usada pelo empregador como forma de penalizar estes representantes, não nos parecendo que os mesmos se encontrem devidamente protegidos, e numa perspectiva desleal de conduta colaboradora, isto é, o dever de lealdade das entidades empregadoras ao trabalhador à constituição da representatividade e a não discriminação à filiação, ou não, nos sindicatos, de tal modo que a violação destes direitos do trabalhador levam o empresário e sua chefia à prisão e multa.<sup>1230</sup>

No artigo 522 do CTP, impõe-se o princípio da boa fé entre as partes, quando houver pendência de um conflito colectivo de trabalho, pelo que, se tem o dever de lealdade entre os representantes dos trabalhadores e empresários quando ocorrer a resolução de conflitos colectivos de trabalho.<sup>1231</sup>

Observa-se que os trabalhadores têm direito a ser representados por delegados de empresa, quando a empresa ou o centro de trabalho possui até 49 funcionários, ou por comité de empresa, para locais com 50 ou mais funcionários; os delegados e os comités de empresa possuem direitos de receber informações da empresa, além de ter certas garantias, devido ao desempenho de sua representatividade; porém devem agir com lealdade, perante os seus representados, inclusive mantendo sigilo de informações não públicas; consigna-se e neste caso, que representa o dever de lealdade dos representantes dos trabalhadores, os delegados de pessoal e os membros do comité de empresa, com os trabalhadores representados, com o

<sup>1229</sup> Cfr. o Acórdão do TCP sob o Processo 608/98 TCP de 21/12/2012, em que refere: “(...) *A empresa é obrigada a comunicar informações aos representantes dos trabalhadores em tempo útil antes da realização da transferência de trabalhadores, sendo obrigada a comunicar essas informações aos representantes dos trabalhadores em tempo útil, e em qualquer caso, antes que estes sejam directamente afectados pela transferência no que respeita às suas condições de emprego e de trabalho*”.

<sup>1230</sup> ALMEIDA, F. J. C.: *Código do Trabalho 2012*, 9ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 51-55.

<sup>1231</sup> GOMES VIEIRA, J. M.: *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 165.

propósito de desempenhar satisfatoriamente as suas funções, tais como: vigilância das normas laborais, de segurança social e de emprego, de tal modo que possa promover acções legais diante da empresa ou da justiça; vigilância e controlo das condições de higiene e segurança no trabalho; participação de obras sociais destinadas aos trabalhadores e os seus familiares; colaboração com a empresa em relação à produtividade, conforme o que se pactuou no convénio colectivo.

### ***3. O dever de lealdade dos representantes perante os representados***

O dever de lealdade dos representantes dos trabalhadores, com os trabalhadores representados, com o propósito de desempenharem satisfatoriamente as suas funções, resumem-se de forma sistémica à vigilância das normas laborais, de segurança social e de emprego, de tal modo que se possa promover acções legais diante da empresa ou da justiça, vigilância e controlo das condições de higiene e segurança no trabalho, participação de obras sociais destinadas aos trabalhadores e seus familiares, colaboração com a empresa em relação à produtividade, conforme o que se pactuou no convénio colectivo, manter informados os trabalhadores de tudo que afecta as relações laborais, isto é, o dever de lealdade dos representantes dos trabalhadores em relação aos trabalhadores, devido ao exercício de acções administrativas e judiciais, em relação às competências já enumeradas e os seus membros devem exercer o dever de confidencialidade das informações recebidas pela empresa ou de seus membros, salvo aquelas que já sejam públicas.<sup>1232</sup>

O dever de leal procedimento da empresa aos representantes dos trabalhadores com respeito das garantias para estes representantes dos trabalhadores, tais como: defesa contra as sanções graves, perante os demais membros da representação sindical; não ser despedido nem sancionado no exercício de suas funções de representação; expressar livremente opiniões de interesse laboral e sem perturbar a ordem da empresa, e o dever de lealdade das entidades empregadoras ao trabalhador à constituição da representatividade; a não discriminação à filiação, ou não, nos sindicatos, de tal modo que a violação destes direitos do trabalhador levam o empresário e a sua chefia à prisão e multa.

---

<sup>1232</sup> O superior hierárquico possui a condição de determinar as sanções, que seus subordinados devem receber, no caso de se faltar com a lealdade, de tal modo que, se este superior agir com arbitrariedade, além de sofrer as consequências da sua atitude, perderá a confiança dos demais comandados. Ver: JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012, págs. 62-63

O sistema de representação dos trabalhadores nos locais de trabalho é instituído pela legislação constitucional e laboral, bem como pelas directivas emanadas pela OIT e ratificadas pelos países aderentes, e que têm como objectivos nucleares que a representação geral dos trabalhadores deve ser autónoma e independente dos sindicatos, mas com respeito à actividade sindical nos moldes do direito internacional, com competência para todos os assuntos ligados directa ou indirectamente aos interesses dos trabalhadores nos locais de trabalho, composto unicamente por trabalhadores na proporção da força de trabalho, eleitos pelo voto directo dos representados, com actuação singular ou colectiva conforme o tamanho da empresa, com funções e atribuições de informação, de consulta e de negociação colectiva nos limites estabelecidos pela lei e pela contratação colectiva de categoria, com mecanismos internos à disposição dos trabalhadores e dos sindicatos mais representativos, de controlo da instituição e da eleição dos organismos, assim como do mandato dos representantes.

Em 1947, a *Taft Hartley Act*<sup>1233</sup> (Lei Taft-Hartley)<sup>1234</sup>, estatuída no Direito dos EUA criou um conselho geral independente para realizar investigações e promover acções penais contra os infractores, e garantiu o direito dos trabalhadores em unirem-se em organizações laborais e negociar colectivamente.

As práticas desleais nas relações coletivas de trabalho norte-americanas, foram primeiramente tratadas pela *National Labor Relations Act* (NLRA) de 5 de Julho de 1935, a chamada *Wagner Act* e que, verdadeiramente, na linha das primeiras legislações, que versaram a liberdade sindical nos Estados Unidos da América (EUA), reafirmou a liberdade sindical e a negociação colectiva como direitos colectivos, (i) instituindo a representação oficial dos trabalhadores pelos sindicatos e, enfim, (ii) introduzindo o conceito das práticas desleais (*unfair labor practices*) por parte dos empregadores, além de ter (iii) criado o *National Labor Relations Board* (NLRB) como organismo administrativo competente para reconhecer as associações sindicais e controlar as disposições da NLRA, inclusive mediante a atribuição de qualificar como prática desleal qualquer atitude que pudesse inviabilizar os propósitos da legislação aprovar.

A conjuntura triangular que está inerente ao empregador-representante-trabalhador, encontramos-la através do dever de negociar com boa fé, porque de facto, o representante é o interlocutor privilegiado, e este dever está positivado no direito norte-americano através do

<sup>1233</sup> Em referência aos senadores norte-americanos *Robert Taft* e *Fred Hartley*.

<sup>1234</sup> Ainda no último trimestre de 2012, mais de cem associações empresariais pediram ao Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, que invocasse os seus poderes de emergência, atribuídos pela chamada Lei Taft-Hartley, e que impediria a greve de estivadores, a primeira com dimensão relevante, desde 1977, in *Jornal “CORREIO DA MANHÃ”*, Out/2012.

*Taft Hartley Act* como exigência dos representantes dos empregadores<sup>1235</sup>, bem como ao sindicato para que fomite através de reuniões prévias argumentem através da representação leal assuntos referentes a horários de trabalho, retribuições e outras condições de trabalho, transpondo as matérias discutidas e tratadas através de um acordo escrito, salvaguardando a inexistência da concórdia de nenhuma das partes.

Por algum tempo, a “*democracia industrial*” predominante nos EUA, foi sinónimo de “*negociação colectiva*”, por consequência, qualquer método alternativo à negociação era considerada uma imposição do empresário, e esta convicção tem o seu fundamento, pois é uma vez que o sindicato é declarado representativo no interior da empresa, este pode obrigar o empregador a negociar uma panóplia de assuntos<sup>1236</sup>, entre os quais: retribuições, horários despedimentos, ou seja, qualquer assunto de interesse.

Nestas reuniões preliminares deve prevalecer o entendimento de que apenas o simples facto da recusa em discutir os assuntos denota má fé, ou até nem considerar as propostas da outra parte, e são práticas que desvirtuam e dificultam o exercício da liberdade de discutir os assuntos que interessam não só a uma globalidade de trabalhadores, mas também ao trabalhador individual.

Os representantes dos trabalhadores devem ter acesso às informações necessárias para que os interesses dos trabalhadores possam ser defendidos com conhecimento, consolidando o dever de boa fé e lealdade entre as partes, devendo manter o sigilo necessário de salvaguarda, e esta factualidade não pode ser integradora de deslealdade para com o trabalhador, se tal revelação tiver um conteúdo relevante para a empresa e em menor escala para o trabalhador.

Até porque o trabalhador representante e delegado sindical estão sujeitos a todos os deveres dos demais trabalhadores da empresa, não existindo em relação a ele qualquer situação de imunidade disciplinar, todavia, os mesmos não podem ser prejudicados por causa

<sup>1235</sup> Convém realçar que uma característica do sistema jurídico norte-americano é a de que quando os empregadores vão às Cortes para impedir práticas desleais por parte dos sindicatos e dos seus membros, a *Norris-LaGuardia Anti-Injunction Act* exige que, para a expedição de *injunctions* pelas Cortes Federais de Justiça, haja a prova de que os sindicatos estavam adoptar condutas ilegais que se perpetuam; que a polícia local é incapaz ou incompetente para conceder protecção adequada ao património da empresa; que o empregador está cumprindo todas as suas obrigações legais; e que o empregador está tentando resolver o conflito por meios conciliatórios, mediação governamental ou por arbitragem, principalmente em casos em que o sindicato adopta táticas coercivas contra os trabalhadores que não aderiram às greves.

<sup>1236</sup> O artigo 4 da *National Relations Act*, assinala que quando a lei se refere a ‘representantes’, inclui a todo o indivíduo ou organização de trabalhadores (...) e na prática os representantes dos trabalhadores são organizações sindicais”, esta “é acreditada pelo apoio da maioria dos trabalhadores para os representar na negociação colectiva, em actos eleitorais, e inspeccionadas pela *National Relations Board* (uma espécie de Direcção de Trabalho)”, podendo obrigar o empregador a negociar de boa fé. Acesso no dia 27/04/2013 <http://www.nlr.gov/national-labor-relations-act>.

do exercício de direitos sindicais, designadamente pela defesa dos direitos e interesses sócio-profissionais dos trabalhadores que representam, desde que essa defesa se mantenha dentro dos limites da razoabilidade, analisada na perspectiva de um “*cidadão médio*”.<sup>1237</sup>

É comum o entendimento conceptual que os cargos de representação ou equiparados, revestem um carácter fiduciário, de tal forma que pela sua própria natureza, são precários, revestem uma forma transitória também e sobretudo pela carga electiva que revestem, tornam-se por vezes vulneráveis a pressões de vária índole, sendo que dessa pressão pode resultar uma grau de deslealdade para com os princípios do mandato, que tendo uma “*carga*” de confiança recíproca, constitui pois uma obrigação de lealdade que não é apenas acessória, mas sobretudo nuclear para a ponderação funcional e objectiva do mandato de representação que a função implica.

A regulamentação da participação das comissões de trabalhadores e dos sindicatos na elaboração das leis laborais (Convenções e Acordos Colectivos), estabelece que é consultivo o carácter da participação, no qual as entidades mencionadas têm a possibilidade de conhecer e apreciar o texto legislativo antes do mesmo ser discutido pelo órgão competente para regular matéria relacionada ao direito laboral.

Destaca-se que a eficácia da consulta depende do fundamento do parecer sindical, das circunstâncias políticas e do peso da opinião pública, indicando a possibilidade de concertação social, mas é de todo relevante que os representantes tenham uma conduta de audição do real interesse reivindicativo dos trabalhadores, sob pena de que a confiança fique abalada, circunstancialismos que podem ter excepções, como seja abdicar de uma proposta em favor de outra de dimensão similar para os interesses envolvidos.

O exercício de funções como membro de comissão de trabalhadores propicia conflitos de lealdades, tendo em conta o controlo de gestão, a actividade de tutela dos interesses dos trabalhadores, e até a negociação. Tal reclama, para o efeito, uma independência de exercício e um relacionamento duro de difícil conciliação com a subordinação suposta no vínculo. Esses aspectos proporcionam múltiplas ocasiões de atrito relativamente às hierarquias, e é de considerar que os trabalhadores investidos nestas funções não estão exactamente na posição dos demais relativamente às obrigações de respeito e de zelo pelos interesses do empregador.

De qualquer modo, deverão salvaguardar-se de condutas abusivas sendo essencialmente de consentir um comportamento correcto que dispensa a agressividade, e o integral cumprimento dos deveres de sigilo.

<sup>1237</sup> Cfr. Acórdão do TRE 427/11.2TTSTB.E1 de 27/09/2011.

Os representantes dos trabalhadores têm o dever de colaborar entre si na representação adequada dos trabalhadores, mantendo um contacto profícuo e permanente com os trabalhadores de forma a de zelar pelos objectivos destes, e bem assim em estreita colaboração como pelos interesses da empresa.

Quanto integrados em Comissões Paritárias, devem os representantes garantir que a sua participação não impeça nem condicione a sua acção em defesa dos trabalhadores, numa atitude consentânea com o mandato para o qual foram eleitos.

Mas a posição dos parceiros sociais nunca é de verdadeira igualdade, como, aliás, a própria CRP reconhece ao dar protecção específica apenas às associações sindicais, enquanto representantes dos interesses dos trabalhadores em face das entidades empregadoras, e esta desigualdade das partes nas relações laborais assume particular importância nos direitos de exercício colectivo e, particularmente, na contratação colectiva, sendo que foi através da contratação colectiva que os trabalhadores conquistaram um significativo acervo de direitos, como é o caso da limitação do horário de trabalho, que as normas agora previstas, ao fazer caducar as convenções colectivas, põem em causa mesmo relativamente aos direitos adquiridos.

Devem os representantes obedecer a uma política de concessão de direitos de informação sobre questões susceptíveis de afectar consideravelmente os interesses dos trabalhadores, e consulta através da troca de opiniões e o estabelecimento de um diálogo entre os representantes dos trabalhadores e a direcção central ou qualquer outro nível de direcção mais apropriado, sendo que a consulta pressupõe mais do que o simples intercâmbio de opiniões ou pontos de vista e mais do que a aquisição de informações sobre decisões que já foram tomadas, ou seja, isto significa a possibilidade dos trabalhadores terem alguma influência nos processos de decisão das empresas, considerando que permitem ponderar a representação como um passo decisivo no sentido da democracia interna nas empresas e nas organizações sindicais.

A inexistência da consulta aos representantes dos trabalhadores ou às associações sindicais dá margem à declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei, e nessa linha doutrinal<sup>1238</sup>, é entendido que o trabalho, os direitos do trabalhador e a intervenção democrática dos trabalhadores como elemento constitutivo da própria ordem constitucional e em instrumento privilegiado do princípio da democracia económico-social, sendo a previsão

---

<sup>1238</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Lisboa, 2011, pág. 420.



da referida consulta como um elemento concreto do poder concedido constitucionalmente aos trabalhadores, ou seja, a não ocorrência da consulta prévia traduz-se em vício de pressuposto objectivo, implicando a inconstitucionalidade formal de determinado acto legislativo.

O TCP tem decidido nesta linha doutrinal, ou seja, atesta a inconstitucionalidade da norma referente ao direito do trabalho que não passou por um processo de audição diante das comissões de trabalhadores e associações sindicais, e é oportuno mencionar que muitas vezes o referido Tribunal tem de enfrentar pontos que questionam se uma determinada lei pode ser enquadrada como laboral e se todos os tipos de lei devem passar por este procedimento.<sup>1239</sup>

O número 5, do artigo 56 da CRP garante aos representantes eleitos dos trabalhadores protecção legal contra quaisquer formas de constrangimento ou limitação do exercício das suas funções, tutela que é concretizada, nomeadamente, na consagração de disposições sobre a justificação das ausências ao trabalho e na concessão de créditos de tempo remunerado para o exercício da actividade sindical, sendo que a representação colectiva é uma expressão de cidadania democrática.<sup>1240</sup>

É consequente do que vimos a afirmar que os representantes dos trabalhadores no local de trabalho possuem personalidade jurídica<sup>1241</sup>, e esclarece-se que o artigo 17 da Lei 46/79 referia-se apenas a capacidade activa e passiva das comissões de trabalhadores, sem prejuízo dos direitos e responsabilidades individuais de cada um dos membros, e o novo CTP no artigo 416, veio conferir personalidade e capacidade jurídica expressa às comissões de trabalhadores.

Também é importante considerar que o trabalhador ao submeter-se a um Instrumento de Regulamentação Colectiva de Trabalho (IRCT) é obrigado, mesmo contra a sua vontade, e ao decidir filiar-se numa associação sindical ficar adstrito a essa associação, com a faculdade de o representar perante as entidades empregadoras e fica vinculado pelos acordos por estas celebrados durante a sua vigência, como estabelece o número 1, do artigo 496 do CTP, mesmo que posteriormente se desvinculem do sindicato, porém, e enquanto elementos trabalhadores insertos no sindicato, a quem reconhecem plenos direitos legais aos seus representantes, devem considerar que os mecanismos encetados pelos legais representantes são os que melhor defendem os seus interesses, porém, sabemos que nem sempre, e na prática isso acontece, ou porque a vulnerabilidade ideológico-social-política não é o desejável com os interesses do

<sup>1239</sup> Neste sentido, ver os Acórdãos do TCP 218/89 e 64/91.

<sup>1240</sup> ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, págs. 50 e ss.

<sup>1241</sup> MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 626.

trabalhador, ou ainda porque os interesses da classe colidem com algum dos interesses pessoais do mesmo.

Ora, esses eventuais “*litígios teóricos*” traduzem na prática uma eventual ruptura inserta na credibilidade de uma das partes podendo ser o ponto de partida da falta de lealdade que, supostamente unia as partes, não esquecendo que o fundamento para essa vinculação é a relação de representação que se estabelece entre o trabalhador e a entidade sindical enquanto representante daquele, em quem confia para colectivamente representar os seus interesses.

A representação geral dos trabalhadores nos locais de trabalho consolidou-se como espaço necessário nas relações de trabalho, mesmo ante a existência dos sindicatos e actualmente a liberdade sindical abarca também além da acção sindical nos locais de trabalho, a representação interna de todos os trabalhadores, pode inclusive e de acordo com o ordenamento específico de cada país, estar sujeito da negociação colectiva, sendo comum um ponto nevrálgico de sustentação e de consolidação dessa dualidade representativa, que se repercute na primária constatação quanto à necessidade de se contar com a maior representatividade interna e participação possível da colectividade de trabalhadores.

A chamada “*conquista da liberdade sindical*”<sup>1242</sup> resulta na consagração do direito dos trabalhadores de livremente organizar sindicatos com autonomia perante o Estado e os empregadores, assim como de exercitar os direitos inerentes à actuação das referidas organizações, quais sejam, os direitos sindicais, e é a liberdade sindical, que sendo uma liberdade e uma autonomia, cujo nexos tem que ser efectivamente funcional, e como está inerente no princípio da liberdade sindical previsto no artigo 55 da CRP, e número 1, do artigo 28 da CE, possui uma natureza doutrinária e prolonga-se em três vertentes: a liberdade de constituição de associações sindicais, a liberdade do trabalhador se inscrever em sindicato da sua escolha, e a liberdade de sair do sindicato.<sup>1243</sup>

É um acervo de direitos e liberdades individuais de cada trabalhador, e um complexo de direitos e liberdades colectivas atribuídos às organizações sindicais propriamente ditas, e uma das particularidades do sistema jurídico espanhol nesta matéria é o que plasma o TCE<sup>1244</sup>

<sup>1242</sup> Preconizada na Convenção número 87 da OIT.

<sup>1243</sup> Na jurisprudência, cfr. o Acórdão 449/91 do TCP, *conforme* LOPES ALMEIDA, J. J.: *Constituição da República Portuguesa*, Revisão Anotada, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 350.

<sup>1244</sup> Cr. o STC 118/1983, de 13 de Dezembro, folha 1, citado por RAIMOND SANGUINETI, W.: Versão preliminar publicada sob o título: “*El derecho constitucional de los trabajadores y sindicatos a la actividad sindical*”, en Primer Congreso Provincial del Mercado de Trabajo. Ponencias y Comunicaciones, Salamanca, INEM, 1992, págs. 114-138, e em que refere que: *La representación que ejercen estos órganos se distingue de la llevada a cabo por los sindicatos por tres notas básicas: a) su carácter unitario, por cuanto abarca al conjunto de los trabajadores de un centro de trabajo (y no sólo a los afiliados); b) su carácter necesario, ya que opera al*

sobre o “*sistema sindical dual*”, ou seja, os interesses dos trabalhadores não serão só defendidos perante uma estrutura sindicalista mas também no âmbito da própria estrutura empresarial onde estão inseridos e eleitos democraticamente pelos próprios trabalhadores, como aliás prevê o ETE, pelo que é perfeitamente aceitável a existência de uma confiança recíproca dos *actores*: sejam trabalhadores e órgãos representativos internos, ou no âmbito sindical, entre os trabalhadores e os representantes sindicais, sendo que esta relação só poderá ser profícua na obtenção de resultados se o comportamento for realizado de forma leal e no cumprimento da legalidade que impõe, de uma forma livre de preconceitos e pressões, dignificando a liberdade, com os limites necessários e profícuos.

#### ***4. A democracia interna das organizações sindicais e empresariais***

O conceito essencial dos pilares fundamentais da democracia interna e da participação, bem como o contributo das organizações representativas na análise dos problemas e na elaboração da orientação de resolução dos verdadeiros interesses das partes, como a prestação de contas da actividade pelas estruturas representativas e trabalhadores, a eleição dos organismos dirigentes, a valorização efectiva das organizações e organismos, a coesão dos intervenientes e a rejeição do sectarismo, são algumas das premissas a ter em consideração na análise que nos propomos.

As organizações devem uma sustentabilidade à aplicação da democracia interna, pois é a base mais sólida para a definição de uma orientação justa pelos órgãos estatutariamente competentes, para uma avaliação regular do trabalho das direcções a todos os níveis e para o empenhamento de todas as organizações e trabalhadores na concretização das orientações e decisões tomadas, designadamente as de âmbito reivindicativo, porque a importância da vertente para aprofundamento da democracia interna e elevação da participação dos trabalhadores, é a concretização das assembleias das organizações e a eleição dos respectivos organismos dirigentes, sempre sobre as orientações necessárias para a melhor regular e frequente realização no elementar dever de lealdade.

---

*margen de la voluntad de cada trabajador (sin necesidad de afiliación); c) su carácter electivo (y no asociativo), toda vez que se conforma a través de un proceso electoral, en el que tienen derecho a voto todos los trabajadores y pueden concurrir diversas opciones sindicales. No obstante, en el terreno de la acción sindical, no existen verdaderas diferencias respecto de los sindicatos, por cuanto el Legislador ha optado por configurar a los órganos de representación unitaria como auténticos entes reivindicativos, al atribuirles, además de algunas funciones de carácter asesor o consultivo, competencias en materia de negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo”. E neste sentido: MARTÍN VALVERDE, A.: *El derecho de huelga en la Constitución de 1978*, Revista de Política Social, número 121, 1979, pags. 228-229.*

As relações colectivas sofrem no momento actual, apesar de que, é nossa convicção que venha existir a curto prazo uma alteração qualitativa devida a uma evolução económica que alterará alguns dos motivos da reduzida participação -, devido sobretudo à precariedade e flexibilização do mundo laboral, o que anula a participação individual e subsequentemente a colectiva.

Os factores políticos são também apontados como tendo influência nas quedas das taxas de sindicalização, tal como a existência de governos favoráveis ou de governos desfavoráveis dos sindicatos, geralmente governos social-democratas ou socialistas, no primeiro caso, ou governos conservadores, no segundo, sendo que a natureza da organização sindical e o sistema de negociação constitui outra variável importante.

O poder dos elementos negociadores, sindicatos e associações de empregadores -, nem sempre é medido pela persuasão reivindicativa que impõem nas conversações, pois a dimensão das estruturas representativas limita esse mesmo poder, e tanto em Espanha como em Portugal a dimensão da representatividade é fortemente responsável pelo sucesso ou insucesso das conversações, limitando dessa forma as pretensões dos trabalhadores filiados em sindicatos de reduzida representatividade, assim como de associações de trabalhadores que rejeitam liminarmente qualquer negociação, pois a perspectiva de poder valer os seus propósitos é limitada e reduzida.

Desta forma, a legitimidade democrática externa limita o sucesso de negociações internas, e não se vislumbra qualquer deslealdade na intenção, porém o sucesso está limitado.

E no caso, em Portugal não temos uma cultura de solidariedade muito sólida, porque os *“portugueses são muito bons no primeiro contacto, mas não solidificam muito essas relações”*<sup>1245</sup>, e tudo isto tem a ver com o nosso posicionamento geográfico e com o nosso percurso histórico, e Espanha não escapa à regra.

É ponto assente que o dever de representação leal, e tal como refere a jurisprudência goza de uma protecção especial e visa que sejam alvo de uma qualquer penalização ou discriminação em relação aos restantes trabalhadores, os quais representam<sup>1246</sup>, sendo que há que acentuar que os representantes dos trabalhadores são os interlocutores de assuntos alheios, pelo que se pode deduzir que esta situação representativa permite não só impor as influências na esfera jurídica do empregador, como também na esfera dos trabalhadores, devendo a ponderação primar de maneira a provocar danos irreparáveis.

<sup>1245</sup> Cfr. Aquilino Gomes Ribeiro um escritor português considerado por alguns como um dos romancistas mais fecundos da primeira metade do século XX, 13/09/1885 a 27/05/1963.

<sup>1246</sup> Cfr. o Acórdão do TRP, de 30 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 45/11.5TTOAZ.P1.

A comunicação deve ser tomada num sentido amplo, ou seja, abrangendo todo o universo de relações jurídico-laborais no âmbito das quais se desenvolvem processos de negociação colectiva destinados a regular as relações de trabalho subordinado, e como tal, deve realizar-se com a assiduidade necessária de maneira a que possa dinamizar essas mesmas relações, porque se não houver diálogo social não haverá relações laborais equilibradas, e é corolário destes preceitos a existência de atitudes saudáveis e honestas entre os intervenientes.

Assim, o diálogo entre os intervenientes ou se quisermos, a negociação bipartida ou tripartida é, porventura, a mais activa e mais abonada, e a que responde, ou procura responder -, directamente aos anseios dos trabalhadores e a que melhor se adapta, também, à realidade e às necessidades das empresas.

O diálogo bilateral ou tripartido, entre organizações sindicais e de empregadores, tem em vista a regulação das condições de trabalho nos níveis sectorial de empresa ou empresas, sendo dele que brotam as convenções colectivas, nas suas diversas formas.

Tanto o legislador ordinário, CTP e ETE -, quanto o legislador constituinte, CRP e CE -, revelaram uma particular sensibilidade para a necessidade de observância de certas regras de funcionamento das associações representativas no contexto laboral.

No caso, o número 3, do artigo 55 da CRP, e do artigo 451 do CTP, bem assim como os artigos 7 e 28 da CE, e da alínea c), do artigo 4, da Lei Orgânica de 11/1985 de 2 de Agosto, não serão apenas o resultado de uma força irradiadora de princípios gerais, pois na nossa perspectiva são princípios afirmados e confirmados na esfera das relações colectivas, e o próprio sentido e extensão das obrigatoriedades dos interlocutores encontram um paralelismo com as estruturas de natureza partidária e profissional, sejam elas de natureza pública ou privada.

A movimentação social dispersa implícita na legislação ibérica concebe um défice de participação elevado e que concludentemente atinge os sindicatos e os núcleos representativos dos trabalhadores e associações de empregadores, pelo que urge a implementação de uma representatividade instituída com esquemas devidamente elaborados pelo legislador, e principalmente no que diz respeito à concertação social onde existe uma multidisciplinaridade de conceitos, e que perpassam a ideologia e a política, apesar de que, e justiça seja feita, têm tido uma “*tentativa*” de participação na obtenção de contrapartidas imediatas.

O direito de associação manifesta-se através de uma dimensão individual do direito e a exigência de respeito dos elementos envolvidos, sendo que esse respeito não se limita à não sujeição de quem quer que seja, sindicatos, trabalhadores e empregadores -, à “*filiação*

*automática*”<sup>1247</sup>, por força de uma qualquer qualidade, numa associação ou na não sujeição do dever de proceder à respectiva inscrição.

A coerência de atitudes e procedimentos que devem presidir aos direitos jurídicos dos interlocutores, não devem colidir com interesses de outras associações, sejam políticas ou sindicais, porque perante a violação do aludido respeito infere-se numa atitude desleal, pois a autonomia dos sindicatos e das associações de empregadores<sup>1248</sup>, determina que a vontade individual e colectiva, no confronto de ideias e com a liberdade<sup>1249</sup> e igualdade que lhes são exigidas, que o confronto de ideias e opiniões seja de forma leal e transparente, sem distinção de maiorias e de minorias, no mais elementar princípio decorrente de um Estado de Direito democrático, como aliás está vertido nos artigos 1, e 7 da CE, e nos artigos 2 e 18 da CRP.

O direito à crítica por parte das organizações representativas, jamais se deve confundir com o exercício do direito à tendência que pode levar a atitudes desleais, devendo a vontade conjuntural ser construída ou reconstruída, e não imposta na forma de vontade real ou efectiva, atitudes que desvirtuam a democraticidade dos leais interesses dos intervenientes.

Enquanto pessoas colectivas, as associações de empregadores devem-se aos basilares princípios já enunciados porque têm capacidade jurídica<sup>1250</sup> para prosseguirem os seus fins, e como se constata do preceituado do artigo 451 do CTP, a capacidade destas associações sofrerem limites vedando-lhe o desenvolvimento de actividades que possam comprometer a

<sup>1247</sup> MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005, pág.469.

<sup>1248</sup> O conceito de “*associação de empregadores*” é em nossa opinião diferente da “*associação empresarial ou associação de empresários*”, dado que a primeira designação, (e que consta no CTP), não se deve confundir, apesar de semanticamente similares, pois a segunda interliga-se a uma função sócio profissional dos próprios empregadores, ou melhor, a “*associação de empregadores*” agrupa e representa os empregadores na promoção dos interesses colectivos, nomeadamente na celebração de convenções colectivas, enquanto que a “*associação empresarial*” se vocaciona para os seus interesses comerciais e industriais. Neste sentido, MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 703; “(...) e que a própria lei parece confundir”, in PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado do Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 170.

<sup>1249</sup> “(...) La libertad de asociarse se manifiesta ad extra en el acuerdo de constitución que refleja esa voluntad de tres o más personas de actuar de consuno en la consecución de los fines asociativos; y ad intra en la capacidad de fijar esos fines, de organizar la asociación y establecer el régimen interno de acuerdo, claro está, con el orden jurídico. La libertad de asociarse implica, por tanto, la facultad de autoorganización (STC 218/1988, de 22 de noviembre) que se convierte en límite del control judicial sobre la vida interna de la asociación (STC 56/1995, de 6 de marzo)”; in Sinopsis do artículo 22, elaborada por: Raul Canosa Usera, UCM, Madrid, 2003; consulta do autor em 12 de Janeiro de 2013.

<sup>1250</sup> Cfr. Art. 160 do CCP e Artigo 37 do CCE.

outorga de convenções colectivas de trabalho, o que se torna num dever de lealdade nas actuações perante o funcionamento interno da empresa.<sup>1251</sup>

Aliás, a respeito pelos princípios da organização e gestão democráticas, contemplados no número 1, do artigo 451 do CTP, ao não serem asseguradas a igualdade de oportunidade e imparcialidade no tratamento das listas concorrentes a eleições para os corpos sociais, põe em causa a vitalidade e oportunidade de escolha desejada, os direitos democráticos dos trabalhadores, o que contraria o princípio geral da boa fé.

A importância das associações de empregadores e dos trabalhadores, radica em que para conseguir um funcionamento correcto no sistema de relações laborais, é inevitável a actuação do sujeito colectivo, e daí que a Lei fundamental analisada, seja reconhecida como um dos pilares do Estado social e democrático de direito.

A localização constitucional das associações de trabalhadores e empregadores é o ponto de partida para delimitar a posição jurídica e descortinar a sua relevância nos planos social, económico e político, e de facto os artigos 7 da CE, e artigo 18 da CRP, terem uma dimensão transcendental, pois estabelecem a confluência dos pilares básicos do Estado de Direito, o que concretiza na sua essência do facto de que o legislador laboral não possa alterar os pressupostos que estão implícitas com a intransitabilidade destas normas.

O legislador espanhol prevê através do artigo 52 da CE, o princípio democrático do funcionamento e das defesas dos interesses económicos, sendo que o referido artigo 7, não só preconiza a constitucionalização dos sindicatos, mas também das associações de empregadores, e alude a “*defesa e promoção dos interesses económicos e sociais*”, e desta forma persegue o estabelecimento de compensação constitucional da sindicalização de trabalhadores, previsto no número 1, do artigo 28 da CE, mas também reconhecer o conflito social, possibilitar o consenso legislativo e por fim reconhecer a amplitude dos fins que da proposição da defesa dos interesses do empregadores e dos trabalhadores.

Contudo, é importante apreciar a proibição da discriminação entre empregadores e trabalhadores enquanto institutos associados, pois a adulteração do princípio de igualdade vem-se diluindo, talvez para compensar a desvantagem que se acentuou, como se infere da jurisprudência<sup>1252</sup>, mas há que considerar que no âmbito das organizações representativas, e no caso as associações de empregadores estão perfeitamente configuradas numa perspectiva

<sup>1251</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P: *Direito do Trabalho*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 1199; PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado do Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 170.

<sup>1252</sup> Cfr. STC 19/1989, de 31 de Janeiro.

constitucional e legal enquanto representantes dos interesses profissionais dos trabalhadores, os quais estão munidos de acções de negociação colectiva para a resolução dos seus interesses.

Perante uma pendência de direitos fundamentais do trabalhador e da entidade empregadora, pergunta-se: como avaliar os comportamentos do trabalhador ou da sua entidade empregadora que assentem no exercício de direitos, liberdades e garantias pela pessoa do trabalhador ou estejam em contradição com o mesmo, e exista um sindicato a promover um consenso ou uma exigência?

Parece-nos que a harmonização dos direitos fundamentais das partes não poderá reger-se por regras gerais que levem a uma construção rígida, devendo em contrapartida existir uma harmonização eficaz dos desejos reivindicativos nos mais elementares princípios de boa fé democrática.

Tal via há-de redundar numa cuidada sensatez dos bens jurídicos a efectuar a partir da própria CRP e CE, tendo em conta uma série de outros elementos que importe considerar, tais como o tipo de funções que o trabalhador se obrigou a desempenhar e a natureza particular dos interesses prosseguidos pela entidade empregadora, mesmo que, contraditórios ao sindicato.

A democracia sindical regula toda a organização e vida interna dos sindicatos, constituindo o seu exercício um direito e um dever de todos os trabalhadores associados, nomeadamente no que respeita à eleição e destituição dos seus dirigentes e à livre expressão de todos os pontos de vista existentes no seio dos trabalhadores, devendo, após a discussão, a minoria aceitar a decisão da maioria, mesmo que seja essa a opinião do empregador, porque o poder de direcção é uma elemento substancial da liberdade que lhe assiste enquanto tal e constitucionalmente protegida, que está.

Em contrapartida, as associações representativas dos trabalhadores admitem também uma autonomia colectiva, auto-tutela e liberdade sindical que lhes permitem a defesa da promoção dos seus interesses económicos e sociais, e perante tais circunstâncias o que seria se não existisse uma base democrática consolidada para a prática de todos estes pressupostos?

Bem, perante a violação reiterada de todos os pressupostos que lhes assistem estaríamos perante a mais primária deslealdade, porque o que configura uma relação colectiva de trabalho é sobretudo a correcção e respeito democraticamente instituídos.



A anemia da negociação colectiva tem sido a regra nos últimos anos<sup>1253</sup>, o que tem transformado o potencial representativo numa fragilidade das relações colectivas, em que a representação institucionalizada dos interesses do trabalho se vai diluindo através do “*mundo político*”, e este silêncio das reais motivações sindicais acaba por desfavorecer o relacionamento democrático e participativo no funcionamento interno das empresas.

Frequentemente, deparamo-nos com o “*silêncio revelador*” da “*deturpação*” de dados relativos aos motivos laborais, colocando em causa a democracia endógena da empresa.

Aos verdadeiros números de sindicalização, e em nossa opinião, existe uma atitude anti-democrática ao princípio da transparência leal, pois é negativa não só para os representantes dos trabalhadores mas também para os próprios trabalhadores e ainda desvirtua as verdadeiras razões de que devem comungar com os empregadores, nos processos de diálogo e concertação social, ou seja, a existência de uma democracia salutar responsável e transparente, não confere o dinamismo necessário às práticas democráticas das relações colectivas.

A inexistência de um método declarado e operativo da estimativa dos verdadeiros resultados, da representatividade sindical e da representatividade das associações de empregadores, conduz a prejuízos nas relações colectivas de trabalho e nos processos de concertação social, e não favorece o fortalecimento da democracia e da transparência no funcionamento das organizações sindicais, através de uma cultura de verdade neste domínio que impulse uma maior participação sindical dos associados, e não se diga, que não existem mecanismos que providenciem resultados, porque havê-los-á, e tais factos só podem denotar uma deslealdade recíproca das organizações representativas.

Sabemos, porque a doutrina assim o refere, e a estatística confirma, que uma reduzida sindicalização leva, ou pode levar, os representantes eleitos pelos trabalhadores a uma desmotivação de atitudes e compromissos entre estes e os trabalhadores filiados, “*abrindo uma brecha difícil de unir a sua função representativa*”.<sup>1254</sup>

Enquanto integrado na estrutura empresarial, o trabalhador, individualmente ou através do sindicato, deve promover a institucionalização dos seus representantes de forma a combater o desinteresse sindical, e tem o direito, e porque não a obrigação, de participar na tomada de

<sup>1253</sup> Cfr. as estatísticas da DGERT sobre a evolução anual das convenções colectivas de trabalho celebradas, pesquisa efectuada em 22 de Janeiro de 2013, ([http://www.dgert.mtss.gov.pt/Trabalho/trabalho\\_p.htm](http://www.dgert.mtss.gov.pt/Trabalho/trabalho_p.htm)).

<sup>1254</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 214.

decisões de forma a poder que as estruturas envolventes possam repercutir os interesses dos próprios.<sup>1255</sup>

Da flexibilização e da precariedade do trabalho subordinado vem resultando, talvez, os reduzidos níveis de sindicalização, o que leva as entidades a serem mais receptivas à admissão de trabalhadores “*não filiados*”.<sup>1256</sup>

O sindicato visa, por definição, a defesa dos interesses da categoria profissional, ou dos trabalhadores inscritos -, que representa, e é este o verdadeiro e fundamental sentido que assume no sistema inter-empresarial, ou seja os sindicatos devem, em qualquer caso, representar e defender efectivamente os interesses profissionais correspondentes, e nisto reside a base da sua autenticidade funcional, e por outro lado, a empresa através das suas associações, tem como legítima obrigação salvaguardar o seu património e consolidar a sua produtividade.

Ora o choque inerente a estas actividades sentidas no seio das empresas provoca atritos, que por si só denotam perante os trabalhadores, quando as suas pretensões não sejam satisfeitas, a que denominaremos de uma “*deslealdade viral*”, que provoca rupturas no seio dos conflitantes, tanto nos trabalhadores filiados como nos não filiados.

A liberdade sindical é o principal bem jurídico tutelado, estando presente antes e depois, como suposto e resultado do funcionamento do sistema jurídico de protecção democrática, e em termos essenciais e transpondo-se o debate do plano individual para o plano colectivo, obter-se-á um equilíbrio necessário a evitar uma “*ditadura*” contratual, sendo rejeitada uma violação ao dever moral e de boa conduta que presidir.

Neste âmbito, compete-nos assinalar que os aspectos democráticos endógenos a estas organizações, podem ser prejudiciais para os trabalhadores, e como seja o caso de um sindicato conseguir determinadas vantagens ou condições de trabalho somente para os trabalhadores que sejam filiados, ao negociar uma convenção colectiva celebrada entre a associação sindical e uma associação de empregadores, para diferentes empresas.

Será esta uma questão desleal para com os restantes trabalhadores que não estão filiados?

Comungamos da doutrina predominante, ou seja, tendo a convenção uma eficácia limitada, as vantagens que foram negociadas só afectarão os trabalhadores sindicalizados, porém, através de uma cláusula de vantagem pode ser considerado acordo colectivo.

---

<sup>1255</sup> *Ibidem*, pág. 214.

<sup>1256</sup> ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª Ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 502.

A liberdade de actuação colectiva dos representantes dos trabalhadores permite aos sindicatos organizarem-se de forma livre as actividades internas a que se propõem, como também lhes permite uma administração interna sem interferências, tendo como corolário o respeito pelo princípio democrático nas decisões que tomem, isto é, implica o direito a consolidar todas as actividades.

Não podem os interesses dos membros ter como corolário uma actuação de concordância e unanimidade, mas devem respeitar os mecanismos da democracia interna, da maioria, o que pode implicar que eventuais acordos possam não representar o desejo da minoria.

O próprio CTP dispõe a autonomia e independência das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, e vai mais além regendo o regime subsidiário das associações representativas, estabelecendo que com respeito pela autonomia estão sujeitas ao regime geral do direito de associação, não devendo estar sujeitas a pressões nem interferências das entidades empregadoras nem do Estado, no mais elementar princípio da boa fé.

Esta democracia interna impõe o respeito ao direito dos filiados nas referidas estruturas em pé de igualdade e com total respeito pelas opiniões que possam ser minoritárias ou dissidentes dos desejos proclamados, concretizando-se através ao direito de opinar e de votar, ao direito de ser eleito e eleger os membros que julguem poder defender os melhores interesses, e ainda o direito às garantias processuais.

A consagração do consenso entre associações de empregadores e organizações representativas dos trabalhadores tem contudo uma liberdade colectiva coarctada pelo Estado, através de normas mínimas que garantam uma democracia interna, não só dos sindicatos, como dos trabalhadores, mas também uma garantia de protecção aos empregadores, de maneira que a liberdade que assiste ao funcionamento correcto dos direitos envolvidos não seja vulnerável a pressões políticas ou ideológicas.

Em razão da estrutura da empresa e da organização sindical, persiste a exigência de participação activa, efectiva e permanente dos trabalhadores filiados na senda concretizadora das suas aspirações e decisões, pelo que, e neste contexto a participação funciona numa perspectiva inspirada num paradigma dissimulado de política, onde se colocam, discutem e amadurecem proposta e soluções que interagem individualmente e colectivamente.

Daí que no plano das normas internas, se imponha o cumprimento de direitos e garantias individuais, e concomitantemente com direitos e garantias próprios ao perfil do associado.

A exemplo do que se passa no campo político, constituem pressupostos para o exercício da actividade sindical o reconhecimento das liberdades públicas, como liberdade de pensamento, liberdade de expressão, do direito de reunião e do direito de informação, e estas manifestações democráticas são o ensejo para uma verdadeira lealdade à empresa, e de uma forma geral a todos os actores envolvidos.

O diálogo amplo e transparente são os caminhos para mobilizar cidadãos, e enquanto actores inseridos nas organizações, garantir e efectivar a qualidade social nas estruturas representativas, uma vez que, além de cuidar da dimensão ética do conhecimento colectivo, têm, também, o potencial para cuidar dos aspectos afectivos das relações interpessoais e das próprias pessoas, propiciando o respeito pelas individualidades, pela lealdade do colectivo, pela a cooperação e pela autonomia, entre outros.

E só se pode falar em autonomia ao se falar em autonomia colectiva, todavia, a autonomia desejada e possível é definida conforme as leis vigentes e a observação do direito de todos os actores sociais participarem ou de se fazerem representar no processo de tomada de decisões.

Essa ideia reforça a importância dos conselhos representativos dos interesses colectivos e o cuidado que se deve ter, tanto no escolher os representantes, quanto em acompanhar o seu desempenho, pois actuam em nome dos representados, e nos dos que os acolhem, sob o seu mandato.

Porque, e para que a democracia interna seja realmente democrática e se vincule pela lealdade, três elementos são de importância crucial: a representatividade, a legitimidade e a autonomia nas relações colectivas laborais.

### ***5. A lealdade dos representantes dos trabalhadores perante a empresa***

O representante dos trabalhadores é o veículo de comunicação entre um determinado grupo de trabalhadores que o há eleito, mas também e sobretudo, o empregador, gerentes, administradores ou directores, sindicato, ou seja, esta conexão tem que assumir uma representatividade colectiva, porque o simples facto de “*comunicar*” com o empregador não lhe assiste o direito de representar esse grupo, terá que ter um comportamento mandatado para defesa dos interesses do grupo, pelo que está de certo modo implícito que a representação determina um dever de lealdade dos representantes perante as entidades empregadoras,

devendo observar uma comunicação correcta e sem desvios ao trabalhador, salvaguardando os interesses dos trabalhadores e da empresa.

É importante que os representantes se encontrem obrigados a não perturbar o normal funcionamento das empresas, a manter reserva de sigilo sobre algumas matérias de que tomem conhecimento no exercício das funções, bem como a um dever especial de actuarem com uma conduta de lealdade perante o empregador, porque a representação dos trabalhadores tem o dever de guardar sigilo das informações reveladas na mesa de negociação, não podendo divulgar para terceiros nem para outros trabalhadores; e esse dever de sigilo e reserva é um "*complemento natural do direito à informação*"<sup>1257</sup>, sendo que, em Portugal, o dever de sigilo está previsto no artigo 412 do CTP, ao tratar das "*informações confidenciais*" que a representação dos trabalhadores recebe, dever que se mantém indefinidamente mesmo após o fim do mandato do(s) membro(s) eleito(s), sendo desobrigado o empregador de prestar informações que sejam susceptíveis de prejudicar ou afectar gravemente o funcionamento da empresa, estando implícito o dever de lealdade entre as partes envolvidas, cuja pertinente elucidação se nos afigura indiscutível, diremos ainda que, em refutação do argumento de uma qualquer conduta sindicada, ainda que *extra-laboral*, o dever de lealdade assume no dever de representação, uma dupla dimensão sendo considerado na sua ambivalência, como o dever orientador geral da conduta do representante dos trabalhadores no cumprimento do contrato.

No artigo 522 do CTP, impõe-se o princípio da boa fé entre as partes, quando houver pendência de um conflito colectivo de trabalho, pelo que a ética leal entre os representantes dos trabalhadores e empresários, tanto na prevenção como na resolução de conflitos colectivos de trabalho,<sup>1258</sup> e é este o corolário emergente e obrigatório.

As Directivas Europeias transpostas para os ordenamentos jurídico ibéricos visam, por um lado, salvaguardar os representantes dos trabalhadores de eventuais acções de retaliação por parte do empregador e, por outro lado proporcionar adequados meios para o exercício das suas funções, quer através da disponibilização de tempo de trabalho remunerado, quer através do pagamento de parte, ou de todas, as despesas da actividade de representação.

No que concerne ao dever de informação dos representantes dos trabalhadores perante a empresa, o princípio da boa fé e o dever de lealdade, envolve em grande medida o dever de informar em tempo e com transparência as reivindicações dos trabalhadores, ainda que na relação laboral, a probidade é qualidade exigível sempre a um dever de colaboração solidário.

<sup>1257</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 14.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 748.

<sup>1258</sup> GOMES VIEIRA, J. M.: *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 165.

Nessas circunstâncias de vulnerabilidade, é exigível o dever de informar daquele que se encontra em situação favorável no domínio das informações, de modo a compensar a deficiência do outro, e dever de informar é exigível antes, durante e após a relação jurídica obrigacional, e desta forma, aos representantes dos trabalhadores cumpre-lhes transmitir a informação recebida, ou confrontada, com suficiente veracidade e adequada às circunstâncias.

Os representantes devem com a celeridade que as razões o justifiquem, fazer as necessárias consultas aos trabalhadores e à entidade empregadora, não podendo no entanto invocar tal necessidade para obterem a suspensão ou interrupção de quaisquer actos.

Observa-se que o grande poder de actuação das comissões, subcomissões e comissões coordenadoras de trabalhadores, em relação às relações laborais, às informações da empresa e à participação sobre determinados assuntos da empresa, tudo, sob pena, de se não cumprido por parte da empresa, constituirá em contra-ordenação grave, é desde já suficiente para que o comportamento dos representantes dos trabalhadores actuem de uma forma leal numa estreita colaboração de universalidade empresarial.

Portanto a reciprocidade de comportamento induz num dever de lealdade do empregador em relação às comissões, subcomissões e comissões coordenadoras de trabalhadores, a fim de respeitar os direitos destas representatividades dos trabalhadores em relação à criação, liberdade de reunião, recebimento de informações, controlo da gestão da empresa, participação na reestruturação da empresa, elaboração dos planos e dos relatórios de formação profissional e em procedimentos relativos à alteração das condições de trabalho, participação na elaboração da legislação do trabalho, colaboração ou participação na gestão das obras sociais da empresa, promoção da eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das entidades públicas empresariais, para além de obrigações do empregador, a fim de solicitar parecer da comissão de trabalhadores, antes da tomada de decisão, tais como: alteração nos critérios de classificação profissional e de promoções dos trabalhadores; mudança do local da empresa e dissolução ou pedido de declaração de insolvência da empresa.<sup>1259</sup>

Os representantes dos trabalhadores também devem ser informados previamente de futuras decisões da empresa e que possam ter dado parecer, tais como: reestruturação da empresa; redução de jornada e mudança total ou parcial da empresa; planos de formação profissional da empresa; implantação ou revisão das condições de trabalho; alteração da

---

<sup>1259</sup> QUINTAS, H., e QUINTAS, P.: *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012, págs. 98-105.

condição jurídica da empresa e os efeitos na quantidade de emprego sendo que as funções prolongam-se pela consolidação na vigilância das normas laborais, de segurança social e de emprego, de tal modo que possam promover acções legais diante da empresa ou da justiça, para além da vigilância e controlo das condições de higiene e segurança no trabalho e participação de obras sociais destinadas aos trabalhadores e os seus familiares, colaboração com a empresa em relação à produtividade, conforme o que se pactuou no convénio colectivo e manter informados os trabalhadores de tudo que afecta as relações laborais.<sup>1260</sup>

Tendo como estrutura orientadora a Recomendação número 94, sobre a colaboração no âmbito da empresa de 1952, no seu artigo 1, propõe o estímulo à implantação de instâncias de colaboração entre trabalhadores e empregadores no âmbito empresarial em matérias de interesse comum, não abrangidas dentro do campo de acção dos organismos de negociação colectiva, porém, há que ter em consideração que o exercício de autonomia é limitado, ao determinar que as comissões e as subcomissões de trabalhadores não podem através do exercício dos seus direitos e do desempenho das suas funções, prejudicar o normal funcionamento da empresa.

E a jurisprudência tem enfatizado o papel da confiança nas relações de trabalho, salientando-se a sua forte componente fiduciária para se concluir que a confiança contratual é particularmente afectada quando se belisca o dever de leal colaboração, cuja observância é fundamental para o correcto implemento dos fins prático-económicos a que o contrato se subordina.

A CRP consagra o direito das comissões de trabalhadores, plasmado que está na alínea d), do número 5 do artigo 54, e das associações sindicais na alínea a), do número 2, do artigo 56, de participação na elaboração das leis do trabalho, pelo que estas deverão ser previamente submetidas à sua apreciação, e trata-se de um dos raros casos de intervenção no procedimento legislativo de entidades exteriores ao órgão com competência legislativa, intervenção que assim conforma o respectivo procedimento, é uma fase do seu *iter* processual –, mas que não introduz qualquer alteração nas competências dos órgãos correspondentes.

As organizações representativas de trabalhadores têm a possibilidade institucional de influenciar as decisões do legislador, quer no que respeita à sua oportunidade, quer no que respeita ao seu conteúdo, mas não mais do que isso, pois o órgão legislativo é soberano, sendo

---

<sup>1260</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 34-39.

que está vinculado a consultar as estruturas representativas dos trabalhadores mas não está arraigado a conformar a sua decisão com os seus pareceres.

A hipótese de que a decisão do órgão legislativo foi sujeita a “pressões” desvirtuará a própria representatividade, mas não só, o dever de colaboração exigido, poderá estar inquinado por qualquer motivação política e/ou ideológica, e dessa forma, a razão da razão perde-se por falta de acção.

A formalidade da colaboração induz que os trabalhadores e os seus representantes têm o poder de influenciar, o que nem sempre acontece, na resolução de problemas e na tomada de decisões, e a razão elementar do direito à informação implica, para os trabalhadores uma atitude apática, e pelo contrário, o direito de contestar decisões os remete para um papel restritivo.

Qualquer que seja o sistema de acção, o nível de participação pode ir da colaboração à co-gestão, e se nos situarmos apenas ao nível do local de trabalho, constatamos que a participação baseada na colaboração significa que no essencial, os trabalhadores e/ou os seus representantes são apenas informados e/ou consultados, sendo por isso escasseia a sua possibilidade de influenciar, de maneira concreta e efectiva, o sistema técnico e organizacional do trabalho e por conseguinte a sua situação de trabalho, as suas condições de trabalho em geral, e de segurança e saúde laboral em particular, porém o exercício desse direito configuraria um pressuposto de autogestão<sup>1261</sup> empresarial.

Espanha e Portugal ratificaram a Convenção 135 da OIT acerca da protecção e facilidades que devem ser concedidos aos representantes dos trabalhadores na empresa, desenvolvido pela Recomendação 143 da OIT, e ainda que o empregador e os trabalhadores não comunguem dos mesmos interesses, estão obrigados a cooperar e respeitarem-se mutuamente, tendo em consideração os interesses que lhes estão subjacentes, e sem que para tal tenha que haver um sistema de co-gestão, participativa e decisória, na empresa, é contudo necessário que para além do dever de informação, é-lhes também devido a razão da consulta.

O número 1, do artigo 64 do ETE estabelece que o dever de informação consiste na transmissão de dados pelo empregador ao comité de empresa, de forma a que tenha conhecimento de uma qualquer situação e possa proceder a uma análise, ou seja, o articulado tem como objectivo o direito ao conhecimento por parte dos representantes dos trabalhadores, e a consulta não mais é que a troca de opiniões sobre um determinado assunto.

---

<sup>1261</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 126.



O legislador pretendeu que o número 1, do artigo 64, estabeleça de uma forma genérica que o comité de empresa tenha o direito de ser informado e consultado pelo empregador sobre questões que possam, de certa forma lesar os trabalhadores, bem como das perspectivas da empresa.

Porém persiste uma limitação pela empresa às exigências de lealdade o que significa que não podem qualificar-se assuntos de carácter reservado certas matérias cuja comunicação a terceiros não têm porque “*causar prejuízos na organização produtiva*”.<sup>1262</sup>

Não está a empresa obrigada, quando excepcionalmente se justifique, a comunicar certas informações específicas relacionadas com segredos comerciais, financeiros ou técnicos, qual revelação possa criar obstáculos à normal actividade da empresa ou eventualmente criar graves prejuízos na estabilidade financeira e económica da empresa.

Evidências recolhidas na actualidade, de que os direitos colectivos e as estruturas representativas dos trabalhadores, mais do que um ordenamento jurídico de direitos fundamentais, são parte de uma gestão inteligente e equilibrada das empresas que se pretendem afirmar competitivas e socialmente responsáveis no mercado global, “*na realidade nacional a co-gestão encontra-se, de certa forma, ensaiada na eleição de trabalhadores para o órgão de gestão de empresas*”.<sup>1263</sup>

O artigo 424 do CTP proclama o conteúdo do dever de informação a que a comissão de trabalhadores tem direito, e só através de uma postura de lealdade do empregador é que se pode conceber uma perfeita colaboração na estrutura organizacional da empresa, porque o direito de conhecer os riscos e os factores que estão subjacentes à actividade, o direito de participar na prevenção, avaliação e redução dos riscos, e o direito de recusar a actividade que percepcione um perigo eminente para os trabalhadores, são a consequência fundamental para a sua eficácia e razão de existência.

A inserção do dever de colaboração, na actualidade, parece não merecer nenhuma dúvida, pois o dever de actuar com honestidade e lealdade, tem relação directa com os critérios de colaboração e solidariedade das partes estruturais da actividade empresarial.

<sup>1262</sup> Cfr. STC 213/2002, de 11 de Novembro.

<sup>1263</sup> GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, Coimbra Editora, 2007, págs. 726 e ss.; conceptualização que, na actualidade rejeitamos pelos motivos justificados *infra*.

Na doutrina espanhola<sup>1264</sup> e portuguesa<sup>1265</sup>, a boa fé nas relações colectivas laborais, não constitui apenas um instrumento de respeito, mas também de informação, cooperação e adaptação, para responder as necessidades de transparência, diálogo, participação, gestão antecipada das competências e qualificações, contudo, se a conduta das partes não comungar de um dever leal, não será o princípio geral que subsistirá, pois o conceito genérico é puramente teórico.

Por conseguinte, a lealdade permite assegurar o dinamismo próprio da vida social e é uma condição de viabilidade da empresa, porque um grupo não pode subsistir se estiver construída na deslealdade, e somos conscientes que a jurisprudência constitucional ibérica concebe o princípio da boa fé de uma forma atenuada na sua dimensão, a não ser que a má fé, *“provoque consequências letais para o contrato e para a própria empresa”*.<sup>1266</sup>

A alínea e), do artigo 5 do ETE inclui os deveres básicos do trabalhador, e plasmado está que deve *“contribuir na melhoria da produtividade”*, e a alínea h), *in fine*, do número 1, do artigo 128 do CTP que deve *“promover ou executar os actos tendentes à melhoria da produtividade da empresa”*, ora, é subentendido que existe nos dois preceitos que o trabalhador deve considerar o elemento subjectivo da obrigação de rentabilidade, com a diligência que lhe é devida de forma a concretizar a produtividade que está inerente à sua relação jurídico-laboral, ora perante este dever jamais os seus representantes podem induzir ou adulterar o compromisso existente com o empregador, sob sujeição do dever de lealdade para com os objectivos a que se propõem, ou seja, na colaboração para o sucesso da estrutura empresarial.

Esta circunstância congrega uma responsabilidade acrescida no âmbito colectivo, pois na perspectiva da colaboração, o legislador espanhol propõe o cumprimento do pactuado nos convénios estabelecidos, tal como referem o artigo 64 do ETE, e o artigo 426 do CTP, isto é os legisladores determinam que as competências são de certa forma limitativas, pois contorna-se pela apreciação do preceituado que o poder de direcção, enquanto núcleo fundamental, pertence ao empregador detentor que é do princípio da liberdade empresarial, e é nossa opinião que quiseram os legisladores que as competências concedidas aos representantes dos

<sup>1264</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 19ª Ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 592, (...) *principio de la buena fe “conlleva un comportamiento recíproco leal en la constitución del vínculo y en el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones correspondientes”*.

<sup>1265</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 42 e ss; MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 731 e ss.

<sup>1266</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, RAJL, Madrid, 2001, pág. 87.

trabalhadores, ainda que outras atribuições proliferem pela codificação, que as mesmas competências sejam desenvolvidas no âmbito consultivo, informativo e de controlo preventivo.

As comissões de trabalhadores em Portugal, e enquanto representantes dos mesmos, têm uma relevância reduzida comparativamente ao que existe em Espanha com os comités de empresa que são obrigatórios em empresas com mais de 50 trabalhadores e são determinantes nas funções de controlo de gestão, relevantes que são os pareceres sobre condições de segurança e saúde laboral, e entre outras a possibilidade de poder negociar acordos de empresa, como aliás prevêm os artigos 63, 64 e 87 do ETE, porém a CRP manifesta através do artigo 54, a previsão do regime jurídico das comissões o que na prática dimensiona as competências nos artigos 423 e 429 do CTP.

É na realidade o direito do controlo de gestão, o mais importante direito das comissões de trabalhadores<sup>1267</sup>, e de facto este preceito provoca um envolvimento dos representantes dos trabalhadores na actividade da empresa, colocando o conceito de co-gestão previsto na primitiva CRP que identificava a ideia de uma gestão participada e inserida nos próprios projectos do empregador, depreciada do contexto actual.

Serão também inadmissíveis preceitos que se prendam com a expressão e divulgação do pensamento dos trabalhadores, ou com dimensões relevantes da sua vida privada, com o desempenho profissional aferido por meios de vigilância à distância ou com quaisquer informações obtidas com violação da reserva e confidencialidade de mensagens pessoais ou informação de carácter não profissional, ou quando se vise por qualquer modo afectar o livre exercício de qualquer outro direito fundamental, pelo que o dever de colaboração com a empresa está inquestionavelmente co-relacionado com os trabalhadores por inerência da função que desempenham, a não ser que esses desempenhos coloquem em causa a funcionalidade estrutural da empresa.

Aos representantes dos trabalhadores compete intervir na área de segurança e saúde no trabalho, de forma a garantir que todos os trabalhadores desempenhem as suas funções em condições de segurança e saúde, e na perspectiva colaboracionista cabe-lhes dialogar e cooperar com os responsáveis pela gestão dos serviços de gestão da empresa, seja no âmbito de recursos humanos ou financeiros, mas também dos serviços de saúde e segurança na empresa, bem como, e no caso último e sobretudo colaborar com os técnicos de segurança e

<sup>1267</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 504 e ss.; PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 126 e ss.

higiene, para a avaliação e controlo dos factores de risco, quer na informação e esclarecimento aos trabalhadores, para que seja mais eficaz a implementação das medidas de prevenção e protecção, e ainda tomar conhecimento do plano das acções programadas na empresa no âmbito da segurança e saúde no trabalho (SST), e como tal deve ser considerado por todos os sindicatos, dirigentes e delegados sindicais uma prioridade de organização e acção, na medida em que o trabalho desenvolvido contribuirá para a criação de espaços saudáveis, e cabe aos trabalhadores, mas de forma especial aos seus representantes, uma efectiva fiscalização das condições de trabalho, exigindo o cumprimento da legislação em vigor que se aplica às condições de trabalho.

As funções de gestão estipuladas pelo ETE reconhecem aos representantes dos trabalhadores a colaboração na prossecução de medidas de manutenção da actividade e incremento da produtividade empresarial, bem como propor acções de resolução de conflitos com o propósito de incremento produtivo, possibilitar os meios próprios para a concretização dos verdadeiros interesses dos trabalhadores e gerir o funcionamento dos órgãos representativos de forma célere e o suficiente para que não seja questionada a idoneidade dessa representatividade.

Assim e perante o estipulado, por força constitucional e pela aplicabilidade directa do CTP e do ETE, respectivamente, os membros das comissões de trabalhadores e dos comités de empresa, destacam-se pelo cumprimento de contenção nos limites de boa fé, sendo que o “*exercício abusivo*”<sup>1268</sup> é passível de responsabilidade criminal, disciplinar e civil, e desta forma, a colaboração inter-partes deve ser cingida pela lealdade, primado que está pelo cumprimento da observância da transparência de comunicação e honestidade das pretensões das partes.

A Convenção 135 adopta o princípio da reserva legal, ou seja, a representação dos trabalhadores na empresa constitui um meio eficaz de representação, além de desenvolver a solidariedade entre os trabalhadores, e para que o exercício independente de suas atribuições seja eficaz, a Convenção recomenda protecção e facilidades que devem ser concedidas aos representantes dos trabalhadores na empresa.

A tutela diferenciada e reforçada dos representantes eleitos dos trabalhadores acolhidos no número 6, do artigo 55 da CRP assenta numa dupla *ratio*: uma “*dimensão subjectiva, consistente em acautelar a segurança no emprego dos trabalhadores em causa, e uma*

<sup>1268</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 131.

*dimensão objectiva, de molde a criar condições para o efectivo exercício da liberdade sindical e dos direitos colectivos dos trabalhadores”.*<sup>1269</sup>

Ao representante dos trabalhadores atribui-se o *status* de garantia constitucional em razão do seu nítido carácter resignativo de direitos constitucionais e legais dos trabalhadores, tais como direito à intimidade, vida privada, integridade física, limitação da jornada de trabalho, intervalos para descanso e categoria remuneratória, e é ponto assente que o dever de representação leal, e tal como refere a jurisprudência goza de uma protecção especial e visa que sejam alvo de uma qualquer penalização ou discriminação em relação aos restantes trabalhadores, os quais representam.<sup>1270</sup>

O número 5, do artigo 5, da CRP garante aos representantes eleitos dos trabalhadores protecção legal contra quaisquer formas de constrangimento ou limitação do exercício das suas funções, tutela que é concretizada, nomeadamente, na consagração de disposições sobre a justificação das ausências ao trabalho e na concessão de créditos de tempo remunerado para o exercício da actividade sindical.

O empregador deve permitir o exercício de cargos, como refere a alínea f), do número 1, do artigo 127 do CTP, e não pode prejudicar o trabalhador por exercer funções de representante dos trabalhadores, (artigos 413 e 414 do CTP) e (artigos 280 a 283 da Regulamentação do Código do Trabalho (RCT)).

Todavia, existem muitas actuações por parte do empregador, que objectivamente obstam, ou dificultam a actividade dos representantes dos trabalhadores, e que não se encontram tipificadas no CTP, mas e perante estes condicionantes existem muitas formas, mais ou menos elaboradas, de criar constrangimentos à actividade dos representantes dos trabalhadores, afectando-os de forma pessoal na sua dignidade, mas que por falta de tradição ou de melhor tipificação na legislação, acaba por não chegar às barras dos tribunais.

“*Os trabalhadores deverão gozar de adequada protecção contra quaisquer actos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego*”, assim estabelece o artigo 1, da Convenção 98 da OIT de 1949, e terá como objectivo da garantia de emprego subjacente a este preceito, o facto do dirigente sindical estar sujeito a represálias por parte do empregador, pelo facto de o dirigente postular direitos para a categoria que detém enquanto representante dos trabalhadores.

<sup>1269</sup> AMADO LEAL, J.: *O estatuto dos representantes dos trabalhadores em matéria de transferência e despedimento*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 137, nº 3948, Janeiro-Fevereiro de 2008, págs. 151-165.

<sup>1270</sup> Cfr. o Acórdão do TRP, de 30 de Janeiro de 2012, Proc. N.º 45/11.5TTOAZ.P1.

As potencialidades das relações colectivas de trabalho permitem ampliar não só os graus de acção e organização, tanto de empregadores como trabalhadores, devendo proporcionar as garantias necessárias ao exercício das liberdades fundamentais, como seja a liberdade de expressão, reunião e opinião no local de trabalho, tendo como base a criação de oportunidades de diálogo inter-partes, sendo que a preocupação com a cidadania na estrutura da empresa, é uma parte da constitucionalização do Direito do Trabalho.<sup>1271</sup>

Frequentemente, encontramos na doutrina a referência ao princípio da compulsoriedade negocial, também e comumente denominado como dever de negociar e que consiste, resumidamente na obrigação das partes travarem contacto no sentido de conseguir uma solução de impasse existente entre elas, e tal determina que os intervenientes sociais negoceiem, muitas vezes sob ameaça de sofrer algum tipo de sanção no caso de recusa, porém, não há imposição de consolidar um acordo na matéria atinente à autonomia colectiva das partes, devendo haver a disposição de trocar e analisar propostas.<sup>1272</sup>

O direito das situações laborais colectivas<sup>1273</sup>, pelo facto de ser uma ramificação do Direito do Trabalho, ganha pela especificidade de seu conteúdo uma autonomia relevante no contexto das relações jurídico-laborais e que serão os trabalhadores e os seus representantes, pelo que nos conduzem pelos interesses que envolvem e os conflitos subjacentes, à verificação dos princípios gerais próprios do Direito do Trabalho e que releva pela importância uma atitude consentânea perante a empresa.

Torna-se consequentemente necessário a persistência leal e recíproca entre o empregador e os representantes dos trabalhadores, pois só pela concretização deste dever poderão existir os pressupostos necessários para e perante qualquer conflito, se possa dirimir essa conflituosidade com confiança.

<sup>1271</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales*, in *Revista de Derecho Social*, nº 6, 1999, págs. 11 e ss.

<sup>1272</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág. 353.

<sup>1273</sup> Na senda da evolução ocorrida no âmbito do direito das condições de trabalho, com a qual nos revemos: “*De novo por um motivo de rigor técnico, preferimos designar este centro regulativo do Direito Laboral pela expressão direito das situações laborais colectivas, porque é relativamente às situações jurídicas a que se reportam as suas normas e não aos respectivos titulares nem, muito menos, ao complexo normativo, que o adjectivo “colectivo” pode ser aplicado com propriedade. Para comprovar a impropriedade técnica da designação direito colectivo do trabalho reportada aos titulares das situações laborais, basta, aliás, atentar no facto de algumas situações laborais colectivas serem protagonizadas pelos empregadores e pelos trabalhadores individualmente e com independência em relação às respectivas associações representativas: assim, por exemplo, a legitimidade para a celebração de acordos colectivos de trabalho e de acordos de empresa é do empregador (...) e a adesão à greve é um acto individual de cada trabalhador (...)*”: PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, Almedina, Coimbra, 2012. pág. 34.

## ***6. Dever de lealdade e dever de negociar de boa fé***

A boa fé e enquanto princípio geral, implica uma nitidez de propósitos revelada pelas partes o que facilita a negociação com base na confiança recíproca, isto é, significa que as partes devem agir com lealdade e sinceridade durante todo o curso desse processo de entendimento, e tenha-se em consideração que as partes negociadoras devem reciprocamente manter um comportamento ético adequado à vontade de conciliar e não de estabelecer uma confrontação na negociação colectiva, sendo que o princípio da boa fé actua não só na fase de confecção dos preliminares, pela concentração de esforços para a conclusão com êxito da negociação, mas também na fase de fiel de execução do que foi pactuado.

Ressalte-se que pelo princípio da boa fé todos os negociadores devem pautar-se por um dever moral, sendo mesmo reconhecido pela doutrina a sua transformação da única exortação programática em autêntica obrigação jurídica, e com efeito, tem o sentido de que as partes estejam obrigadas a negociar e a proceder com lealdade em todos os seus entendimentos, assim como na execução do que for acordado com base na confiança recíproca.

Neste estudo justifica-se, em razão da importância das negociações colectivas como instrumento de pacificação dos conflitos laborais, exigindo-se lealdade e transparência no exercício da autonomia privada colectiva, uma vez que é sempre conveniente a adopção de procedimentos para a solução de conflitos laborais em que as partes encontrem elas próprias a solução da disputa, desde que sejam observados os limites impostos pela boa fé, e eis que é a natureza dinâmica do Direito do Trabalho, que exige a negociação colectiva como técnica mais eficiente e rápida do que a lei para resolver conflitos e criar direitos e obrigações de interesse das partes, porém, exige também especial disciplina ética do comportamento dessas mesmas partes na negociação, e para além de quaisquer requisitos legais, porque é essencial à manifestação de vontade e à eficácia da conduta das partes, e no âmbito laboral, em que o contrato persegue a continuidade, e porque é pressuposto da lealdade negocial e condição de confiança recíproca no propósito de cumprir o contratado, as partes obrigam-se a proceder com lealdade em todos os seus entendimentos, assim como na execução do que for acordado, sendo o seu efeito prático e literal, sancionar a prática de má-fé ou a deslealdade.

A doutrina sofreu um desenvolvimento acentuado com a *Lei Taft-Hartley* no que diz respeito ao dever da representação leal, tendo sido incorporada e proveniente do Direito

anglo-saxónico, a qual foi objecto de desenvolvimento a partir de 1945 no que respeita às relações entre representantes e trabalhadores.

Originalmente, e sob os preceitos da Lei de Trabalho Ferroviário (*Railway Labor Act*), reconheceu-se pela primeira vez este princípio, e o no caso *Steele v. Louisville & Nashville Railroad*, 323 US 192 (1944), o Supremo Tribunal dos EUA, teve perante uma controvérsia na qual um grupo de trabalhadores negros que trabalhavam como bombeiros, controverteram umas disposições negociadas pelo sindicato que permitiam limitar-se as posições de trabalho dos negros em benefício dos trabalhadores brancos.

O Tribunal resolveu que o direito de negociação colectiva que se impõe ao representante exclusivo dos trabalhadores o obriga a exercer com imparcialidade esse poder em benefício exclusivo de todos os trabalhadores, impondo uma atitude anti-discriminatória.

Esse dever exerce-se não só de forma imparcial, bem como se deve reger pelo princípio da boa fé, e tendo uma atitude contrária, seria actuar de maneira desigual e com prejuízo para os trabalhadores representados, o que mais não era que a promulgação de uma “concreta unidade de negociação e dever de representação leal”.<sup>1274</sup>

No caso *Laurus v. Brothers*, 62 NLRB 1075 (1945), a Junta Nacional das Relações de Trabalho examinou um caso no qual se solicitava a revogação da certificação de um sindicato como representante exclusivo porque estava integrado só de trabalhadores brancos, que operava como subsidiária para trabalhadores negros, que não estava certificado; contudo, aos brancos dar-se-iam os benefícios do convénio colectivo, mas não aos negros, apesar que pagavam as respectivas quotizações para o sindicato.

A Junta estabeleceu então, e enquanto agente na negociação, que o sindicato teria a obrigação de representar justa e imparcialmente a todos os integrantes da unidade apropriada, numa forma não discriminatória, imparcial e leal, aliás e como é relatado e citado pelo Juiz Stone,<sup>1275</sup> uma verdadeira “*duty of fair representation*”.

Mas a *Lei Taft-Hartley Act*, ainda bilateralizou as condutas tidas por “*desleais*” por parte dos empregadores e previu as condutas exercidas pelas organizações de trabalhadores em prejuízo dos mesmos trabalhadores e também, pela primeira vez, em prejuízo dos empregadores, para além de que previu as condutas dos empregadores em prejuízo dos trabalhadores, entre as quais se poderia arrolar o uso da violência, a intimidação pela pressão económica tendente a obrigar o trabalhador a eleger o sindicato como seu representante ou

<sup>1274</sup> Cfr. “*Dieciséis Grandes casos de la Corte Suprema*”, Capítulo Tercero, pág. 33.

<sup>1275</sup> Cfr. “*Dieciséis Grandes casos de la Corte Suprema*”, Capítulo Tercero, pág. 39.



pela concessão de benefícios para o ingresso no sindicato, a contratação da cláusula sindical da *union shop*, mediante a qual todos os trabalhadores de uma determinada unidade de negociação precisam de se tornar filiados no sindicato, mesmo que antes da contratação o trabalhador não tenha sido sindicalizado e o empregador o tenha admitido sem lhe impor qualquer tipo de discriminação nesse sentido, e a recusa em negociar o que envolve abuso da negociação desleal, como é a hipótese do empregador não proporcionar informação suficiente ao sindicato “*pro negotiatione*”<sup>1276</sup>, sendo que a jurisprudência norte-americana actual se refere e rejeita qualquer tipo de discriminação.<sup>1277</sup>

Em Portugal negociação colectiva permite às partes optar pela articulação na análise e interpretação do conteúdo das convenções, entre outras as referentes à criação e organização das estruturas representativas dos trabalhadores, ou aquelas que disponham sobre os direitos e deveres dos trabalhadores em geral.<sup>1278</sup>

O estudo justifica-se em razão da importância das negociações colectivas como instrumento de pacificação dos conflitos laborais, exigindo-se lealdade e transparência no exercício da autonomia privada colectiva, uma vez que é sempre conveniente a adopção de procedimentos para a solução de conflitos laborais em que as partes encontrem elas próprias a solução da disputa, desde que sejam observados os limites impostos pela boa fé.

A negociação colectiva sempre se baseou no princípio de contradição entre as partes intervenientes, no entanto o princípio da cooperação permite suavizar as contradições entre sindicatos, empregadores e trabalhadores, propiciando que se torne tolerável o antagonismo, e

<sup>1276</sup> VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: *Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo* (Un Estudio de la Conducta Antisindical en la Empresa), Civitas, Madrid, 1994, pág. 327.

<sup>1277</sup> Cfr. a Corte Suprema dos EUA, no caso *Penn Plaza LLC et al. V Peyett et al.*, nº 07–581. Argued December 1, 2008—Decided April 1, 2009, e que refere: [(...) *The majority says it would be ‘particularly inappropriate’ to consider Gardner-Denver’s conflict-of-interest rationale because “Congress has made available” another “avenue” to protect workers against union discrimination, namely, a duty of fair representation claim. Ante, at 22. This answer misunderstands the law, for unions may decline for a variety of reasons to pursue potentially meritorious discrimination claims without succumbing to a member’s suit for failure of fair representation. See, e.g., Barrentine, 450 U. S., at 742 (“[E]ven if the employee’s claim were meritorious, his union might, without breaching its duty of fair representation, reasonably and in good faith decide not to support the claim vigorously in arbitration”). More importantly, we have rejected precisely this argument in the past, making this yet another occasion where the majority ignores precedent.*], in <http://www.supremecourt.gov/>, acesso em 29/05/2013.

<sup>1278</sup> E convém aqui verificar a influência da negociação colectiva transposta para o Direito português, ao proibir por exemplo que as cláusulas de garantia sindical não são entre nós lícitas, e actualmente, o CTP no artigo 406, sob a epígrafe “*Proibição de actos discriminatórios*”, determina a proibição sob pena de nulidade de todos os actos que possam subordinar o emprego de um trabalhador à condição da sua filiação ou desfiliação de uma associação sindical ou para demitir, transferir ou de qualquer forma discriminar o trabalhador por causa das suas opções sindicais. A proibição visa tanto as disposições inseridas nas convenções colectivas de trabalho como no contrato individual de trabalho, e estas cláusulas de forte tradição nas relações industriais norte-americanas, também chamadas de “*closed Shop provisions or agreements*” foram declaradas ilegais pela *Lei Taft-hartley act* de 1947.

de todo o contrato de trabalho do qual justifica o convénio colectivo, vinculando as partes reciprocamente, criando para ambas direitos e obrigações, e como tal pressupõe-se que estejam imbuídas do melhor propósito de cumprir lealmente as suas atribuições, aqui encaradas também no sentido mais amplo, desde o seu aspecto prático ou ético, correspondendo em suma, ao dever de lealdade traduzido no elemento confiança e na convicção de que as partes agirão sempre com honestidade.

Em matéria das convenções colectivas de trabalho é dominada, em termos dogmáticos, pelo princípio da autonomia<sup>1279</sup>, uma vez que as partes são livres para propor e aceitar, não obstante a liberdade contratual colectiva ter algumas limitações que parecem interferir com a própria liberdade de negociar, e merecem realce o facto de que os representantes das partes devem fazer oportunamente as necessárias consultas aos interessados cujos interesses representam e não podem invocar essa necessidade para obterem a suspensão ou interrupção do curso do processo, bem como devem ser reciprocamente prestadas as informações solicitadas, sem prejuízo para a defesa dos respectivos interesses.

No ordenamento jurídico espanhol, a representação dos interesses dos trabalhadores é regulado por diversas normas, e das quais concluímos duas vias de representação, ou seja, por um lado temos a representação sindical, regulada que está pelos artigos 7 e 28 da CE, bem assim como pela LOLS<sup>1280</sup>, reconhecendo as secções sindicais e os delegados sindicais; porém, prevê a legislação que haja a possibilidade da existência de outras formas de representação da empresa, e que passa pelos comités de empresa e delegados de pessoal, perfeitamente identificadas normativamente, e cuja regulamentação estão plasmadas no ETE e que obtém um reforço através dos artigos 37 e 129 da CE, e daí resulta que ambos os modelos de representação, sejam as sindicais, sejam as unitárias, coincidem através de um corolário comum, isto é, representarem os trabalhadores indistintamente, sem discriminações sectárias e com o propósito de uma representação consentânea com os princípios de imparcialidade.

A importância que desempenham os representantes assume-se na repercussão das suas actuações que podem desaguar no desenvolvimento social, e é de sobremaneira a jurisprudência que impõe, de uma forma geral que estes devam exercer as suas funções sujeitos às regras da lealdade, assim como devem actuar de forma diligente, de um bom homem moderador e honesto, em nome dos interesses dos trabalhadores, e para além da actuação diligente comum e corrente, devem orientar-se de forma à prossecução do

<sup>1279</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 268-269.

<sup>1280</sup> Ley Orgánica de Libertad Sindical.

cumprimento das metas propostas, e obedecer à finalidade específica das decisões que possam interferir na ordem social.

A ideia que devemos reter é que a obrigação de um dever de representação leal, é a que se impõe pelo dever de imparcialidade, retendo o que é acessório perante um devaneio do que possa ser essencial, e assim a obrigação de negociar deve ser entendida como um mecanismo de promoção da negociação colectiva que terá como consequência lógica a formalização da convenção colectiva de trabalho, actuando na relativização e enfraquecimento da autonomia da vontade, principalmente do empregador, que se poderá recusar a negociar, sob pena de ajuizamento de dissídio colectivo ou mesmo de uma greve.

Pois bem, no caso das negociações colectivas, os deveres acessórios decorrentes do princípio da boa fé voltam-se justamente para o fim de assegurar a igualdade material entre os actores sociais na fixação dos aspectos pertinentes às relações de trabalho, de modo a evitar a materialização de condutas que possam redundar na desmesurada preponderância de uma das partes em tais procedimentos.

Por outro lado, comprometido mesmo, fica o princípio da lealdade assim como a transparência da negociação colectiva, intimamente vinculada ao respeito da equivalência dos contratantes em sede colectiva onde o direito é construído por intermédio da participação directa dos principais interessados.

As relações colectivas estruturam-se e adquirem dinamismo à medida que se equilibram as forças de reivindicação e de resistência da categoria que representa, e que em última análise é uma das partes da relação de trabalho em cujo o estuário recíproco irão acomodar-se e produzir os efeitos jurídicos as normas criadas pelas partes sob o manto legitimador e indefectível do princípio nuclear da liberdade sindical, que de resto constitui um elemento indispensável a todo sistema de relação profissional entre empregadores e trabalhadores, inerente a toda democracia interna das organizações representativas.<sup>1281</sup>

Poder-se-á afirmar que a negociação colectiva é na essência um procedimento de adopção de regras e decisões entre sujeitos que representam grupos ou categorias com interesses distintos, procedimento esse que se distingue pelo seu carácter autónomo, bilateral ou, muitas vezes, multilateral e transaccional, e queremos desta forma inferir que é autónomo porque as regras ou decisões alcançadas se adaptam pelas próprias partes negociadoras e não por uma instância alheia, bem como tem carácter bilateral ou, por vezes, multilateral, na medida em que tais regras ou decisões são aprovadas conjuntamente pelas partes negociadoras

<sup>1281</sup> Neste entendimento: OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, 8ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 773.

e é um procedimento transaccional enquanto se sustenta a implantação e respectivo cumprimento.

Da averiguação dos caracteres atrás referidos, deflui-se que o requisito básico da negociação colectiva é o reconhecimento da própria autonomia colectiva, ou seja, a capacidade de auto-organização e auto-regulamentação de suas relações por parte de determinados grupos sociais, pois para alcançar a plena virtualidade a negociação colectiva pressupõe a disputa e requer a concorrência de outros factores institucionais e ideológicos, como a aceitação do pluralismo social, disposição para o diálogo por parte dos grupos afectos e um mínimo de descentralização das decisões que perturbem o mundo da economia e das relações de produção.<sup>1282</sup>

A negociação colectiva além de proporcionar um meio de produção de normas reguladoras de relações laborais, é sobretudo um mecanismo, ou melhor, uma técnica de resolução de conflitos ou interesses colectivos incentivada e reconhecida pelo ordenamento jurídico espanhol<sup>1283</sup>, direito este que o ETE desenvolve a partir do artigo 82, sendo que o CTP prevê a partir do artigo 489, que os intervenientes devem proceder com respeito e probidade, nas mais elementares regras de boa fé as negociações que encetaram.

Em consonância com o que tem vindo a ser referido os actores sociais devem assumir o compromisso de acções que sejam a verdadeira sustentabilidade da boa fé como princípio moral, que terá, sem mais, a função entre a ética social vigente e o direito pelo que deverá ser um “*critério ordenador e inspirador das relações jurídicas*”<sup>1284</sup>, partindo do pressuposto que a consideração da impossibilidade de uma convivência pacífica e próspera não se será sustentável sem o respeito e confiança recíproca.

Na realidade o respeito à boa fé não está ligado apenas ao terreno da negociação colectiva, aos interesses das entidades associativas ou sindicais envolvidas com o processo negocial, por uma simples razão na nossa perspectiva, é que este processo, como sabemos, por conduzir à edição de normas reguladoras das relações de trabalho em certo sector económico ou para certas categorias profissionais, traduzindo-se numa particularização dos dispositivos gerais da lei e na tendencial diminuição de deformações e disparidades quanto aos estatutos laborais praticados, e sendo assim a negociação colectiva é uma expressão da autonomia, porque como sabemos a autonomia colectiva reveste-se de uma relevante função social, e por

<sup>1282</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, págs.322-323.

<sup>1283</sup> O artigo 37 da CE garante: “(...) el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

<sup>1284</sup> GARCÍA VIÑA, J.: *La Buena Fe en el contrato de trabajo, especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, págs. 20 e ss.

isso o princípio revela ainda mais a sua importância, pois é evidente que a boa fé deve presidir a toda e qualquer forma de negociação.

Todavia, bastará a boa fé para prosseguir a negociação?

E se os actores sociais se regerem só pelo princípio geral?

Nas relações colectivas de trabalho, o princípio da boa fé é enquanto regra que imputa deveres de conduta às partes em qualquer processo negocial, deve enquanto conduta que decorre de juízos de valores formulados de acordo com exigências básicas de justiça e de moral, decorrentes de uma consciência jurídica da colectividade que pode assumir um alto grau de generalidade, na medida em que vale, ao mesmo tempo para todos os intervenientes que pertencem a uma determinada classe.

Por conseguinte, não pode ser o seu conteúdo agrestemente definido, pois dependerá sempre da definição de que o princípio da boa fé não seja uma “*generalização de um princípio*” mas fundamentalmente, que fará parte do seu conteúdo a existência de um privilégio moral que será sempre variável, na medida em que requer a sua verificação do caso concreto tendo como parâmetro as normas e os princípios jurídicos em geral, e no caso da negociação colectiva em particular, o corolário dos princípios constitucionais e os do Direito do Trabalho, em especial, mas sobretudo de um poder vinculativo de cariz orientador para todo e qualquer sujeito colectivo, no sentido de favorecer a produtividade ou eficiência da negociação como método e de assim, “*promovê-la e expandi-la*”.<sup>1285</sup>

Os empregadores devem proporcionar informações relevantes para os representantes dos trabalhadores aquando da realização de negociações colectivas, sendo que e contudo, existirá sempre um dever de reciprocidade mas é mais invocado pelos sindicatos com vistas à obtenção de informações detidas pelos trabalhadores sindicalizados, porém o dever de fornecer informações, tal como o dever de negociar de boa fé, depende frequentemente das circunstâncias que motivam um determinado caso em concreto, e será o caso, se um empregador alegar dificuldades financeiras como fundamento para a redução de salários ou benefícios, tem ele a obrigação de fornecer as informações financeiras pertinentes se acaso requeridas pelos representantes dos trabalhadores, porque se assim não for denota uma fragilidade de lealdade.

No regular comportamento dos actores negociais deparamo-nos, para além do espírito da paz social, o princípio da transparência, isto é, que para além de se evitar o clima adverso durante o processo de conversações, as partes devem agir com verdade e lealdade,

<sup>1285</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, págs. 731 e ss.

desatravando uma à outra os meios de verificação das reais condições de cumprimento com as exigências efectuadas mutuamente.

O dever de transparência abrange não somente prestações negativas, como seja não obstar que a outra parte tome conhecimento das condições sociais, políticas e económicas que motivam as posturas adoptadas durante a negociação, bem como exige posturas activas no sentido de facilitar acesso à informação de parte a parte, aliás esta postura está consagrada pela Recomendação 163 da OIT, dada a importância deste dever, e sugeriu mesmo aos Estados que a ratificaram que adoptassem medidas de protecção e promoção de acesso à informação.<sup>1286</sup>

É de facto o princípio da boa fé que cria às partes a obrigação ao diálogo de forma atingir o consenso para as divergências deflagradas, mas, não sobejam dúvidas que pelo que se pode afirmar, é a lealdade que visa assegurar que os actores sociais colaborem mutuamente para a prossecução dos fins comuns perseguidos, não se exigindo que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte, por vezes antagónico ao seu próprio interesse.

Outro efeito incontestável do dever da lealdade na negociação colectiva, são os deveres das partes envolvidas no processo de diálogo actuarem num clima de paz, desimpedirem o acesso a informações sobre as suas realidades económicas e sociais e, assim, formularem pretensões de acordo com a realidade, sem exageros e de forma leal, de modo a que o acto de adimplemento seja facilitado e não dificultado, e de outra forma não podia ser, já que a lealdade compele as partes a terem uma conduta conciliável com os fins económicos e sociais desejados, objectivamente pela operação negocial.

Desta forma, parece linear que os deveres de razoabilidade, paz social e transparência, aliados a uma mútua cordialidade, são pressupostos do dever de lealdade, e aliás, concomitantemente com o dever de lealdade reside a obrigação de resguardar sigilo em relação às informações absorvidas no processo negocial, e obviamente perante os preceitos da boa fé, e não se pode pretender que a resolução de um conflito colectivo de trabalho, deliberadamente actuem de má fé com o propósito de prejudicar ou obter vantagens só para si, com base em comportamentos que não estejam suportados pela ética.

Para além da representatividade que vimos a mencionar, é comum porque é verdadeiramente representativo o poder de negociação do sindicato, e especialmente pela

---

<sup>1286</sup> Tal como: “(...) se necessário, medidas adequadas às condições nacionais devem ser adoptadas para que as partes tenham acesso às informações necessárias a uma expressiva negociação”.

época de perturbações de emprego que se atravessa a nível ibérico com uma incidente taxa de precariedade, que só um sindicato forte pode levar a bom termo a representatividade dos trabalhadores<sup>1287</sup>.

Pretende o Direito do Trabalho, como e aliás qualquer outra disciplina jurídica a procura da justiça, que através de um sistema de paz, necessita para cumprir com esta finalidade solucionar as situações de conflito e não permitir condições em que os conflitos sejam permanentes, pelo menos nas suas formas conflituosas, e no que concerne a esta matéria, que mais não é que um mecanismo de composição de conflitos, como sabemos seja que conflito for ele resulta ou por uma deturpação necessária e premente de uma das partes, ou por uma conclusiva apreciação dos resultados intermédios dessa negociação, e seja por deficiente informação ou por “teimosia” conclusiva, a lealdade sequencial das partes é um figurino essencial para levar o processo a bom termo.

O número 1, do artigo 37 CE, prevê precisamente que a lei ordinária tem uma força vinculativa na negociação dos convénios<sup>1288</sup>, bem como no ponto 2, do referido artigo prevê uma garantia de funcionamento dos serviços da comunidade, ou seja, um dever de lealdade entre empresários e trabalhadores na negociação, que o dever de lealdade nas negociações colectivas de trabalho entre os representantes dos trabalhadores e dos empregadores<sup>1289</sup>, sendo que a negociação colectiva não é apenas uma forma de ratificação do meio de produção de normas reguladoras das condições de trabalho, mas protegida e promovida pelos ordenamentos jurídicos que vêm sendo investigados, goza do privilégio de técnica preferencial de composição de interesses colectivos, também e reforçando diremos que o dever de negociar não mais é que uma das várias expressões que no contexto da negociação colectiva assume o princípio da boa fé como resulta da doutrina e da legislação ibérica, sob orientação generalizada e inspiradora da OIT.

O devido reconhecimento de todos os interlocutores negociais induz-lhes a capacidade de celebrar convenções colectivas, sejam associações de empregadores ou associações sindicais, bem assim como no caso português as empresas públicas, pois e enquanto entidades empregadoras, nas relações jurídico-laborais assumem um carácter jurídico-privado..

<sup>1287</sup> Coordenação de MONTEIRO FERNANDES, A.: *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 81.

<sup>1288</sup> GARCÍA MURCIA, J.: *Jornadas sobre la Constitución de 1978 y las relaciones de trabajo*, Consejería Del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Grupo Gráfico BV, SL, 2010, pág. 27.

<sup>1289</sup> FLORES, F.: *Constitución Española de 1978*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 104-107.

O direito à negociação colectiva é reconhecido pela Lei fundamental dos países estudados sem qualquer “*interferência externa limitativa*”<sup>1290</sup> do Estado, e quanto a esta matéria prevê o número 1, do artigo 89 do ETE, bem como o número 1, do artigo 487 do CTP, que a parte que receba a proposta de celebrar um convénio não poderá, salvo conjecturas excepcionais “*negar-se às negociações iniciais*”<sup>1291</sup> o que objectivamente se infere que está obrigado a iniciar as negociações, o que não significa que as conclua, porém a boa fé persistirá até uma qualquer conclusão.

O número 1, do artigo 37 da CE, bem como o número 1, do artigo 56 da CRP, reconhecem um direito subjectivo em sentido restrito, ou seja, impõem à parte contrária um dependente dever de negociar, mas, e na sequência da doutrina<sup>1292</sup> não se pode concluir linearmente a interpretação literal destas normas, porque o que está na causa analítica do preceituado é um direito que assiste aos trabalhadores e empregadores de recorrer a um instituto proclamado e não a um direito unilateral de negociação para cada um das partes, contudo e apesar de garantida ao nível constitucional, a negociação colectiva não é absoluta.

A função ética das entidades negociadoras é a de lutarem pelas pretensões em que acreditam, com uma maior ou menor pressão, e que por vezes pode levar a uma distorção do processo de negociação<sup>1293</sup>, devendo as partes estarem informadas sobre os temas a discutir, participarem em todos os momentos da negociação, e conseguirem um apoio técnico de forma a manterem uma autonomia colectiva.

No ordenamento jurídico espanhol o dever de negociar, e de negociar de boa fé encontra-se expresso no número 1, do artigo 89<sup>1294</sup> do ETE, e vale anotar que a Convenção 98 da OIT postula uma atitude positiva e parcial, dos ordenamentos jurídicos quanto à efectividade e ao desenvolvimento da negociação colectiva, pelo que princípio da boa fé, e consequentemente o dever de lealdade significa que as partes se obrigam a negociar com uma conduta e proceder com lisura em todos os seus entendimentos, como na prossecução do que for acordado.

<sup>1290</sup> AA.VV.: *Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 414.

<sup>1291</sup> Neste sentido, entre outros: MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 161; PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 241.

<sup>1292</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical Español*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 369; PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 228.

<sup>1293</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 244.

<sup>1294</sup> Cfr. STS de 17 de Novembro de 1998, Ar/9750.



Devendo a negociação colectiva ao respeito à boa fé, os interesses das entidades que emergem na própria negociação têm o propósito da edição de normas reguladoras das relações de trabalho para determinadas categoria profissionais ou para um determinado sector de actividade, pelo que quaisquer assimetrias existentes ou provocadas, revestem-se de uma importância relevante no processo negocial, sendo que a função social decorre de preceitos formulados com a exigência de justiça e moral, porque genericamente estão motivações individuais que ganharam uma dimensão colectiva, como tal o conteúdo negocial não pode revestir conteúdos agrestemente definidos pois, o princípio da protecção ao trabalho humano como um valor social é um direito constitucionalmente garantido e no caso da negociação colectiva em particular.

No dever de negociar estabelecido no artigo 89 do ETE, e no artigo 489 do CTP, como já aludimos, não pode a parte receptora negar-se a iniciar as negociações salvo a existência que qualquer formalismo convencionalmente pré-estabelecido, seja a forma escrita, ou a legitimidade de um qualquer dos intervenientes -, ou se existir a necessidade de rever um convénio em vigor, porque quando não subsista uma justa causa de exclusão de negociar a parte receptora deve contestar afirmativamente a proposta de negociação num determinado prazo, e se o não fizer violará o princípio de boa fé, podendo contudo recorrer à conciliação, e se persistir essa lacuna proceder-se-á à tutela da liberdade sindical ou à declaração de greve, esta, como último recurso para o diferendo.

O artigo 488 do CTP prevê a existência da prioridade, *“sempre que possível”*, à negociação da retribuição, duração do tempo de trabalho e ainda à segurança e saúde laboral, sendo que a expressão *“sempre que possível”*, pode desde logo impor às negociações uma certa imperatividade inicial, isto é, o legislador atribui como premissa da negociação a retribuição, e não se pense que a forma é arbitrária, pois houve uma intencionalidade ao exprimir que *“as partes devem”*, e *“se devem”*, iniciam as negociações pelo tema que, em princípio, mais interfere com a problemática financeira do empregador, ou seja, se as partes devem respeitar o princípio da boa fé, também devem respeitar *“sempre que possível”* iniciar as negociações com a retribuição, e não comungamos do conceito literal deste artigo, porque a boa fé sobrepõe-se a uma arbitrariedade acessória de *“prioridade”*, e pode este aspecto reverter na conclusão intempestiva das negociações.

Entre alguns dos requisitos que estão inerentes à boa fé negocial destaca-se a interdição à neutralização do método negocial, ou seja, a acção negocial através do método da determinação, aconselhada ou imposta -, pela entidade empregadora por meio dos próprios

trabalhadores, e que tem como objectivo a utilização de uma determinada fórmula que é apresentada no início das negociações como sendo a última proposta e é perfeitamente inalterável.

O dever de informação e a obrigação de invocar unilateralmente quaisquer alterações e condições de trabalho perfeitamente inegociáveis antes de ter havido a possibilidade à entidade negocial a possibilidade de estabelecer um prévio acordo, denota desde logo uma atitude de má fé, e porque sendo o diálogo a tentativa de um acordo, se possível bem sucedido, sem que seja uma necessidade pactuada, denota desde logo uma atipicidade ao que prevê o ETE e o CTP.

No decorrer deste estudo vimos defendendo que a origem da relação jurídico-laboral se iniciou com o contrato de trabalho, e enquanto for “vivo” os componentes que o rodeiam, estão legitimados a proceder com hombridade, lealdade e honestidade de forma que o diálogo seja o melhor sucedido e que tenha como culminação a eficácia prática da negociação, não devendo existir um critério de absolutismo para uma ou outra parte, mas sim para a total efectivação das pretensões dos trabalhadores, pois é essa a motivação que está inerente à negociação.

Daí que os intervenientes numa perspectiva conceptual e analítica do referido artigo 488 do CTP, devem considerar uma actuação sem esquecer os deveres jurídicos que sejam a real dimensão financeira e económica da empresa, ou das empresas negociadoras, pois, tal como o legislador propõe a questão salarial deverá ser prioritária, e obviamente que não será para uma redução salarial, daí que as partes devem colidir para uma realidade de que “*cada caso é um caso*”.

A doutrina<sup>1295</sup> realça que embora se reconheça a amplitude do preceito instituído pela CE no que diz respeito à titularidade do direito a negociação colectiva, os artigos 87 e 88 do ETE, deram uma preferência à selectividade das partes dotadas de um certo e evidenciado poder organizativo mais consistente, ou sejam os sindicatos e os representantes eleitos no seio da empresa.

Apesar dos convénios vincularem normas de carácter genérico para uma profícua e abstracta relação laboral, mantém uma componente contratual, pois não esqueçamos que têm origem num acordo de vontades entre duas partes, isto é a entidade empregadora e o sindicato, conforme comumente assinalado.<sup>1296</sup>

<sup>1295</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, págs. 337-338.

<sup>1296</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 28ª Ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág 155.

A boa fé implica que as partes negociadoras tenham o compromisso na concretização, natural ou esforçada, para um final positivo, através de “*passo a passo*”, com atitudes razoáveis onde se aceite e justifique o princípio do contraditório com lisura e lealdade no procedimento, sem atitudes que sugiram simulações, porque a qualquer momento e sempre que se justifique poderão requerer a intervenção de um intermediário conforme estipulado no número 4, do artigo 89 do ETE, e no número 4, do artigo 487 do CTP, pelo que todas as deliberações tomadas devem reger-se pelo princípio da boa fé<sup>1297</sup> respeitando o direito de negociar às partes envolvidas, e é nesta perspectiva que se deve entender o dever de negociar, pois ele “*não aparece como uma garantia sindical*”<sup>1298</sup>, mas sim como um vínculo orientador para qualquer sujeito colectivo, tendo como premissa a eficácia e rentabilidade da negociação.

No ETE e o CTP, o dever de lealdade está caracterizado de modo implícito, em toda a relação laboral colectiva, constituindo desta forma, um dever a ser seguido pelas partes negociadoras, de modo a que as relações laborais possam ser exercidas de maneira a minimizar os conflitos colectivos.

Nesse sentido, e no diz respeito ao dever de negociar, o número 1, do artigo 89 do ETE, bem assim como o número 1, do artigo 489 do CTP, estabelecem que a parte receptora da comunicação “*solo puede negarse*” no início das negociações por algo legal ou convencional, ou quando permaneça em vigor um qualquer vínculo convencional entre as partes.

A doutrina menciona a falta de legitimidade nos solicitantes, ou das maiorias exigidas, a restrição ou exclusão de competência para negociar as matérias propostas, etc. e também quando a solicitação recebida se afasta da razão prática estabelecida sobre unidades e momentos das negociações.<sup>1299</sup>

Ou seja, o dever de lealdade é um pressuposto sequencial e imperativo nas negociações colectivas em Espanha e em Portugal, sendo que o que está preceituado determina precisamente o conceito da negociação de boa fé, como aliás é concluído pela jurisprudência<sup>1300</sup>, e perante os princípios da actividade negocial, necessidade que se

<sup>1297</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 357; “(...) manifestaciones de la buena fe en la negociación son, por ejemplo, los deberes genéricos de que en las deliberaciones exista un mínimo intercambio de ofertas y contraofertas; que se proporcione explicación o información de apoyo de las propuestas y de las negativas; que se guarde un comportamiento leal hacia la otra parte, etc. (...)”.

<sup>1298</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, págs. 665-666.

<sup>1299</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2004, págs. 353-354.

<sup>1300</sup> STS 28 de Março 1994, Ar. 2644; TCP: Acórdão, N.º 594/2011.

evidencia, e o que se impõe de forma argumentativa numa discussão é que a contundência imperativa das ideias ou mesmo a obrigação de que as partes integrantes no processo da negociação colectiva não se afastem dos preceitos da boa fé, ou seja, as partes não podem negar-se a negociar, pois assim estariam a desprestigiar-se.

E é também pelo contraditório que se constata que as partes reconhecem a existência de interesses opostos e desejam ver solucionados, daí que deva existir a oportunidade para que cada uma exponha as suas contrariedades, ou seja, do princípio ético da boa fé e da igualdade, resultarão uma garantia de que as negociações são conseguidas, porque as partes se devem ao dever de se obrigar a examinar as propostas e a formular argumentos substitutivos, convergentes ou até supressivos, e não se trata só de cumprir estes pressupostos, há que os explicar fundamentadamente, pois é a forma de se envolver reciprocamente.<sup>1301</sup>

É nesse sentido que se deve entender o chamado dever de negociar, pois ele não surge, como uma garantia sindical, mas sim como uma vinculação de tipo orientador para todo e qualquer sujeito colectivo, no sentido de favorecer a produtividade ou eficiência da negociação como método e de, deste modo, promovê-la e expandi-la.<sup>1302</sup>

### ***7. O dever de lealdade nos processos de consulta***

De uma forma genérica, poder-se-á acentuar que o período de consulta implica numa troca de informações, mais precisamente, de propostas e de contra-propostas, ou seja, uma discussão profunda entre os parceiros sociais, porém, e questiona-se: e se houver deturpação dessa consulta? Ou se não existir?

Desde logo, e no sentido literal a directiva 94/45/CE estabelece que consulta é “*a troca de opiniões e o estabelecimento de um diálogo entre os representantes dos trabalhadores e o empregador ou qualquer outro nível de direcção mais apropriado*”.

Em termos comparativos, a consulta terá como objectivo, de uma convenção ou um acordo que no âmbito dos artigos 144 e 152 da OIT, respectivamente, que asseguram o estabelecimento de consultas tripartidas destinadas a pôr em prática as normas internacionais

<sup>1301</sup> Neste sentido OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 688-689, refere que: “(...) o dever de informar a outra parte deriva do dever de negociar de boa fé, do facto de ter cada parte de justificar suas posições, especialmente as negativas; (...) As prerrogativas de obter informações sobretudo económicas, trazem difíceis questões de conteúdo e limites, vez que os principais afectados, os empresários, não concebem que no mundo dos negócios possa a boa fé chegar tão longe”.

<sup>1302</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, págs. 665-666.

do trabalho, visando que os Estados no âmbito tripartido interno elaborem questões sobre as actividades da OIT.<sup>1303</sup>

Para a UE os procedimentos de consulta e informação dos trabalhadores resultam das directivas 94/45 e 2002/14 da Comunidade Europeia que tratam, respectivamente, da instituição de um conselho de empresa europeu ou de um procedimento de consulta e informação dos trabalhadores nas empresas ou grupo de empresas de dimensão comunitária, e um quadro geral relativo à informação e consulta dos trabalhadores na CE, razão pela qual a directiva, é considerada como fonte do DCT como meio de harmonização das legislações nacionais no Direito Comunitário, isto é, o objectivo do conselho da União Europeia foi, e é, o de proteger os trabalhadores no que diz respeito à tomada de decisões das empresas multinacionais de abrangência comunitária, tendo em vista a possibilidade de fusões, *joint-ventures*, cisões, encerramento de actividades, associações e todas as modalidades de modificação da estrutura jurídica dessas empresas que pudessem, ou possam. Em termos comparativos, a consulta terá como objectivo afectar os trabalhadores.<sup>1304</sup>

Assim e reforçando o conceito, o objectivo primaz da Directiva é o de *"melhorar o direito à informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária"*, conforme o número 1, do artigo 1, estabelecendo a comunicação<sup>1305</sup> entre empregados e empregadores.

O aspecto prático da Directiva conduz a uma política de concessão de direitos de informação, que se adapta em *"questões transnacionais susceptíveis de afectar consideravelmente os interesses dos trabalhadores"*<sup>1306</sup>, e consulta, *"troca de opiniões e o estabelecimento de um diálogo entre os representantes dos trabalhadores e a direcção central ou qualquer outro nível de direcção mais apropriado"*<sup>1307</sup>, sendo que a consulta pressupõe mais do que o simples intercâmbio de opiniões ou pontos de vista e mais do que a aquisição de informações sobre decisões que já foram previamente adoptadas pelo empregador, ou seja,

<sup>1303</sup> VALTICOS, N.: *Derecho Internacional del Trabajo*, tradução do original francês *Droit International du Travail* por Maria José Triviño, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 462.

<sup>1304</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, págs. 137 e ss.

<sup>1305</sup> A propósito, encontra-se na jurisprudência francesa decisões contrárias à extinção das actividades das empresas que, sem observar o procedimento legal aplicável, resolvem sumariamente por fim às suas actividades; por exemplo, o Tribunal de Grande Instância de Paris condenou o grupo Britânico MARKS e SPENCER por *"delito de entrave"* e ordenou a suspensão da sua decisão de fechar simultaneamente dezoito (18) estabelecimentos, sendo que a razão foi a ausência de comunicação e consulta do comité de empresa. Consulta no jornal *"LE MONDE"* de 11/04/2001 (págs. 1 e 18); acesso na Biblioteca da ULHT.

<sup>1306</sup> Cfr. o 3º § do número 3, do artigo 6.

<sup>1307</sup> Cfr. a alínea f), do número 1, do artigo 2.

a Directiva admite a possibilidade de os trabalhadores influenciarem uma decisão do empregador que ainda não foi tomada e que, portanto, está em discussão.

No propósito da Directiva, o *"espírito de colaboração"* é que deve incitar as negociações entre o empregador e os representantes dos trabalhadores<sup>1308</sup>, sendo que o *"espírito de colaboração"* pode ser entendido como a postura leal provável das partes, não obstante a obrigação, juridicamente coercível, decorra da norma estabelecendo que aos *"Estados-Membros tomarão as medidas adequadas em caso de não cumprimento do disposto na presente directiva, devendo contudo, assegurar e nomeadamente, a existência de processos administrativos ou judiciais que permitam obter a execução das obrigações decorrentes da presente directiva"*.<sup>1309</sup>

Em rigor, o processo de consulta e informação dos trabalhadores tratará de matéria que seja confidencial à empresa ou ao grupo de empresas, seja por razões estratégicas, seja por motivação comercial, de forma que há previsão específica na Directiva quanto à confidencialidade das informações prestadas em virtude deste instrumento, tanto pelos membros do grupo especial e do conselho de empresa, quanto por eventuais assistentes técnicos que façam parte do procedimento para consulta e informação dos trabalhadores.

A Directiva 94/45, é colocada no contexto do direito colectivo do trabalho, interessando as relações de trabalho quanto às negociações colectivas e seus efeitos em todos os contratos de trabalhos abrangidos na representatividade dos respectivos sujeitos colectivos.

Estas informações sigilosas prestadas aos sujeitos enumerados na Directiva, são preservadas com o propósito de não afectar o funcionamento dos empregadores no âmbito comunitário, visto que, por vezes, as informações, se divulgadas, poderiam gerar prejuízos no que se relaciona a concorrência e até mesmo vantagens quanto ao mercado financeiro.

Concede também aos representantes dos trabalhadores as mesmas garantias previstas na legislação dos Estados-Membros, e no caso de Portugal e Espanha, aos representantes dos trabalhadores no respectivo País onde se presta serviço, e esta garantia estabelecida pela Directiva reserva-se o exercício efectivo da função de representante dos trabalhadores, quando da participação em reuniões do grupo especial de negociação ou do conselho de empresas europeu ou outras reuniões nos termos da própria directiva.

Ora, o aludido instituto normativo transposto para os ordenamentos ibéricos, tem por fundamento axiológico impor a participação do sindicato, enquanto representante dos

---

<sup>1308</sup> Cfr. número 1, do artigo 6.

<sup>1309</sup> Cfr. número 3, do artigo 11.

trabalhadores, em qualquer situação onde os interesses comuns da empresa e dos trabalhadores nas relações laborais estiverem em jogo, vedando-se, em tais supostos, a implementação unilateral de medidas por parte do empregador, o que se só *per si*, denota a obrigatoriedade de não defraudar as expectativas consentâneas e emergentes com boa fé.

Neste sentido, a participação das entidades sindicais nos processos de dispensa em massa configura decorrência natural do primado da negociação colectiva, porquanto tais medidas extremas afectam directamente o principal aspecto atinente às relações de trabalho, como seja, o vínculo jurídico-laboral, e sem isto estar-se-á a permitir a actuação unilateral do empregador em situações de interesse comum dos actores laborais de modo totalmente contrário ao desígnio de igualdade substancial a permear o princípio em causa.

E mais precisamente o dever de lealdade subjacente à negociação colectiva tem por conteúdo negativo a vedação de qualquer conduta ou omissão passível de causar desequilíbrio na equação de forças existente entre a empresa e o sindicato, enquanto representante dos trabalhadores, e sob o ângulo oposto, o dever em apreço impõe positivamente a adopção de comportamentos imbuídos do real intuito de discutir os aspectos pertinentes às relações de trabalho que interessam tanto à empresa quanto à generalidade dos trabalhadores e ainda de buscar soluções acordadas de modo a zelar pela igualdade substancial entre os referidos actores sociais. Ora, perante os corolários do princípio geral de boa fé que permeia o instituto da negociação colectiva, destacam-se o dever de informação, cujo conteúdo impõe às partes a obrigação quanto ao fornecimento dos dados pertinentes àqueles assuntos a serem discutidos com a outra parte, e o dever de lealdade de exigir dos pactuantes a adopção de comportamentos pautados pelo real intuito de fixarem normas de comum acordo para a regência das relações laborais.

A título exemplificativo, os parágrafos 2 e 4, do artigo 51 do ETE, permite induzir a viabilização ampla da negociação entre os actores sociais que antecede à implementação de despedimentos colectivos, e que estabelece procedimentos minuciosos a serem observados pela empresa e pelas entidades representativas dos trabalhadores, bem como deveres atinentes à justificação dos motivos e à informação recíproca.

Para a concretização da consulta nos processos de negociação, e tendo como premissa que tal objectivo é crucial, não basta assegurar às entidades envolvidas a participação nas deliberações empresariais tendentes a afectar a categoria, sendo necessário, além disso zelar pela condução transparente e colaboradora dos respectivos procedimentos, evitando-se dessa

forma a prática de condutas desleais que acaso materializadas possam vir a desequilibrar aquela correlação de forças a permear os actores da negociação colectiva.

Ou seja, o que o princípio do estímulo à negociação colectiva a constar da Convenção 154 da OIT, traz na sua essência é o dever de actuar de uma forma leal na consulta e as consequentes negociações, e a impor às partes, nesse particular, uma actuação pautada pelo fim económico e social vislumbrado pelos referidos dispositivos constitucionais, qual seja a manutenção do equilíbrio entre a empresa e o sindicato, sendo que a boa fé contratual se traduz na imposição dos actores sociais agirem de forma ética na igualdade e solidariedade, e em que os deveres acessórios decorrentes que sirvam para assegurar a igualdade material de forma a evitar um desequilíbrio de condutas de uma das partes; a própria OIT assume o entendimento generalizado que a boa fé subjacente ao princípio dos processos de consulta na negociação colectiva, impõem e presumem um dever de lealdade mútuo na efectiva discussão das propostas.

A forma precisa e concreta de prestar a informação sobre as matérias a ser discutidas nesta sede, adquire maior importância na medida em que o procedimento tende a produzir normas gerais e abstractas, cujos enunciados regerão a totalidade das relações laborais entabuladas entre os trabalhadores individualmente considerados e a empresa.

Outra situação que depreende uma explícita má fé na condução da consulta entre os actores sociais tem lugar quando as empresas convocam reuniões esporádicas com as entidades representativas de trabalhadores ao longo do processo de despedimento colectivo, com o objectivo de passar a falsa imagem de que as medidas a serem implementadas nesse sentido foram objecto de discussão com o sindicato representativo, e ocorre que nestes casos, na medida em que os referidos encontros não são pautados pela apresentação recíproca de propostas pelas partes, senão apenas, e em geral pela comunicação aos sindicatos, de precauções já planeadas prévia e unilateralmente pela empresa.

A materialização de tais vicissitudes demonstra não só a deliberada recusa dos empregadores em pactuar com as entidades representativas como também a impossibilidade de se embutir ao encontro em apreço a qualificação de "*negociação colectiva*", termo este aplicável apenas às negociações em que há a efectiva discussão das medidas a serem implementadas.<sup>1310</sup>

O dever de consultar é uma manifestação conjunta de lealdade e ao mesmo tempo do contraditório, que denota a necessidade de uma ampla defesa, demonstrado que está pela

<sup>1310</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, 8ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 773.



interligação com os deveres acessórios que imanam entres esses princípios, o que denota que uma é decorrente do outra, ou seja, o dever de consultar pressupõe que a concepção lógica do contraditório e ampla defesa é vigorosa, e quando a alegação é deduzida pela parte *ex adversa*, contudo, há uma certa dificuldade em aceitar que a parte tem direito de ser ouvida previamente quando a matéria prejudicial advier de cognição directa de uma das partes, e é precisamente isso que impõe o dever de consultar.

No caso do despedimento colectivo, o *ius variandi* funcional ou geográfico, suspensão, e bem assim como todas as alterações ao contrato de trabalho são situações em que os critérios devem ser apreciados numa perspectiva de lealdade, mesmo que não tenha havido contestação pelos representantes dos trabalhadores na fase de informações e consultas.

A falta de indicação de critérios na comunicação da intenção de despedimento ou outra, é um vício geral do procedimento que, a ser procedente o afecta globalmente, e parece-nos razoável o entendimento jurisprudencial português<sup>1311</sup>, segundo o qual se trata de falta que pode comprometer todo o procedimento, mas que a sua verificação na própria comunicação inicial não acarreta, necessariamente a nulidade ou ineficácia da mesma, desde que a falta venha a ser ulteriormente suprida e a informação possa ser tida utilmente em conta,<sup>1312</sup> caso em que igualmente se nos afigura que não haveria ilícito de mera ordenação social a considerar para os efeitos do disposto no número 6 do artigo 360 do CTP.

A utilização de critérios discriminatórios, incongruentes, irrazoáveis ou abusivos afecta o despedimento na sua individualização e pode, por conseguinte, conduzir a juízos de improcedência limitados aos trabalhadores afectados, e como tal o despedimento enferma por ilicitude, com as consequências determinadas pelo número 1, do artigo 389 do CTP.

É evidente que estamos perante normas de natureza imperativa, tal como o artigo 339 do CTP, contudo importa referir que são frequentes os contactos de carácter consultivo e pré-negocial que se prolongam do tempo, mas é pacífico na doutrina que a existência dos prazos na fase de informações e consultas, impedem que o empregador acelere o despedimento,

---

<sup>1311</sup> Permanece a dúvida quanto à necessidade de prestar directamente aos trabalhadores as informações previstas no número 2, do artigo 360 do CTP quando no procedimento não intervenha qualquer estrutura representativa, por inexistência de comissão de trabalhadores, comissão intersindical ou comissões sindicais e não ter sido constituída a comissão representativa *ad hoc* prevista no número 3, do mesmo artigo. Parece-nos que a resolução passa pela afirmação por razões pragmáticas; porém, outros entendimentos existem, cfr. Acórdão da Relação do Porto de 7 de Outubro de 2002 onde se entende que, por não previsto na letra da lei, o direito a essa informação não existe. No sentido que se sustenta, cfr. o Acórdão da Relação de Évora de 19 de Fevereiro de 2008.

<sup>1312</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, págs. 579-580.

apesar de que este prazos não tendo uma força imperativa mas sim indicativa, e deste modo estamos perante um prazo dilatatório que contraria a clausula geral de boa fé.

Dispõe o artigo 51 do ETE que o despedimento colectivo tem de ter alguns pressupostos, sendo que o objectivo do despedimento é garantir a sobrevivência da empresa e do emprego dos trabalhadores, mediante a organização mais adequada dos recursos, ressaltando que os representantes dos trabalhadores terão prioridade para permanecer na empresa, devendo o empregador solicitar à autoridade competente a abertura de um período de consultas com os representantes dos trabalhadores, sendo que esta solicitação deverá ser acompanhada de toda a documentação necessária para a justificação do despedimento.

Ora o “*primeiro passo*” que está subjacente é o dever de informação do empregador aos trabalhadores, correlação oriunda do direito de serem informados e que implica um trato leal do empregador, sendo que este dever de informação prevalece como corolário fundamental uma prévia consulta aos representantes dos trabalhadores como requisito prévio de uma medida decisória, tenha ou não um carácter vinculativo da parte contrária.

Nesta fase, os representantes podem adquirir um papel de simples receptores da informação, ou podem optar por uma informação do tipo restritiva, ou seja, a informação é fornecida e filtrada de forma a que as questões que se justifiquem devem ser submetidas a consulta prévia, a denominada: “(...) *de acordo com a norma aplicável, comunicação de informação em sentido ascendente*”.<sup>1313</sup>

Estas informações aos representantes podem ser efectuadas através de reuniões ou assembleias, tal como prevê o artigo 77 do ETE, bem como através de comunicados colocados estrategicamente e adequados, na empresa à disposição dos representantes, ou ainda através das secções dos sindicatos mais representativos.

No exercício da actividade informativa dos representantes dos trabalhadores na empresa, existe um limite jurídico que constitui uma garantia para o empregador sobre o uso das informações confidenciais, ou seja, o próprio número 2, do artigo 65 do ETE impõe o dever de sigilo, pelo que é crucial um comportamento conforme os ditames da boa fé sobre os assuntos a tratar e tratados, e perante este incumprimento, a existir, a desconfiança por uma deslealdade inquina a fase, e compreende-se que assim seja pois os dados que possam ter sido

---

<sup>1313</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 100.

recolhidos só servem para ser utilizados no âmbito das negociações e transmitidos aos interessados.<sup>1314</sup>

A fase de consulta compromete uma atitude de respeito à confiança e colaboração entre os actores sociais através de uma relação jurídica saudável, impondo e sempre que seja adulterada, a que *a posteriori* o causador do dano seja obrigado a indemnizar pelo prejuízo causado, pelo que a obediência ao princípio da cooperação gera o dever de esclarecimento, dever de consulta e o dever de prevenir.

Repercute-se desta forma e nesta fase, que os comportamentos sejam orientados pelos valores sociais e constitucionais existentes através da lealdade na tramitação, e cuja violação é sentida facilmente pelas partes, consubstanciada em condutas e actos que desvirtuam a finalidade do processo e o exercício de direitos.

E é indubitável que o mais amplo dever dos actores sociais na fase de consulta é a lealdade que impõe o dever de transparência, pelo que impede de contrariar a legítima confiança criada entre as partes e o exercício contraditório de poderes, além de que impõe a condução objectiva e leal de todo o processo, pois há que o consolidar como sendo uma forma de democracia e cidadania.

O dever de lealdade nos processo de consulta, consiste num dever de todos os sujeitos da relação negocial actuarem de modo condizente com a moralidade, a fim de que este atinja o seu objectivo, o que mais não que a satisfação de todas as partes, pelo que agir somente pela conduta da boa fé, não será o suficiente para garantir que o processo de consulta atinja um estimulante desígnio para todas as partes.

### **8. O dever de lealdade em caso de greve e conflito colectivo**

A Carta Social Europeia<sup>1315</sup>, de 1961, dispõe textualmente no número 4, do artigo 6, *in verbis*, a fim de assegurar o exercício eficaz do direito de negociação colectiva, as partes contratantes reconhecem: “(...) 4. O direito dos trabalhadores e dos empregadores, em caso

<sup>1314</sup> J. M. GALIANA MORENO, y BELÉN GARCÍA ROMERO: *in* Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, 2003, págs. 21 e ss.

<sup>1315</sup> A entrada em vigor da Carta Social Europeia Revista, de 3 de Maio de 1996, produziu como efeito a cessação de aplicação das disposições da Carta Social Europeia (CSE) de 18 de Outubro de 1961 (a Carta Social Europeia Revista foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001), tendo iniciado a sua vigência em Portugal em 01/07/1998. A Carta Social Europeia, de 1961, foi ratificada por 27 Estados, (tendo sido ratificada por Espanha em 1980) e destaque-se que a Carta Social Europeia Revista, em 1996, foi ratificada até o momento por 31 Estados, dos quais faz parte Portugal, não tendo sido ratificada por Espanha.

*de conflito de interesses, a recorrer a acções colectivas, inclusive o direito de greve, sob ressalva das obrigações que possam resultar das convenções colectivas em vigor".*

Este documento internacional é de uma importância relevante, pois é através dele que se implementa a “expressão ‘acção colectiva’ (...) como uma espécie de complemento do direito de negociação colectiva”<sup>1316</sup>, e não apenas sob o aspecto político, filosófico e sociológico que historicamente representam os padrões ideais de vida oriundos das democracias ocidentais europeias, mas também e igualmente, sob a perspectiva jurídico-dogmática, uma vez que consolida a ideia de que, efectivamente, a greve constitui um legítimo instrumento para assegurar o eficaz direito de negociação colectiva.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada que foi em 7 de Dezembro de 2000<sup>1317</sup>, refere vários direitos<sup>1318</sup> entre os quais garante a liberdade de reunião e de associação (artigo II -72º), e tem acontecido que alguns governos da UE introduziram leis que visam restringir os direitos sindicais de acção colectiva, como por exemplo introduzindo procedimentos rígidos e complexos antes de serem autorizadas greves ou proibindo acções de solidariedade, e obviamente que estas medidas podem traduzir-se numa ingerência nos assuntos internos dos sindicatos, dificultar o seu reconhecimento por um empregador ou limitar o acesso dos sindicalistas aos locais de trabalho ou ainda as suas possibilidades de iniciativa.

Tem sido considerada pelo movimento sindical Europeu como uma espécie de “patamar”, mas não propriamente um resultado que possa configurar uma concretização, mesmo com a garantia de direitos universais e intransmissíveis.

É um facto que assegura o direito à acção colectiva em especial, como foi o proclamado caso na Suécia, em que o sindicato *Byggnads* e outros sindicatos filiados na LO<sup>1319</sup>, organização membro da Confederação Europeia dos Sindicatos (CES), tomaram medidas destinadas a protestar contra a contratação, por uma empresa de construção civil<sup>1320</sup>,

<sup>1316</sup> GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGUELLES, M.A., y RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A.: *Legislación Histórica sobre Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, A “acção colectiva” como Direito Fundamental na União Europeia, GARCÍA MURCIA, J.: pág. 221.

<sup>1317</sup> “(...) posteriormente foi objecto de uma nova proclamação e publicação motivada pelo Tratado de Lisboa em 12/12/2007, incorporada na ‘versão consolidada’ dos Tratados da UE em 2010.” GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGUELLES, M. A., y RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A.: *Legislación Histórica sobre Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, A “acção colectiva” como Direito Fundamental na União Europeia, GARCÍA MURCIA, J.: pág. 226.

<sup>1318</sup> Artigos: II-87: Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa; II-88: Direito de negociação e de acção colectiva.

<sup>1319</sup> Central Sindical Sueca L.O.

<sup>1320</sup> GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGUELLES, M.A., y RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A.: *Legislación Histórica sobre Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2011, A “acção colectiva” como

de trabalhadores da Letónia com salários e condições de trabalho sensivelmente inferiores às tabelas suecas, que tal situação violava as convenções colectivas suecas, o que constituiu um caso manifesto de “*dumping*” social<sup>1321</sup>, em total contradição com tudo o que preconiza a UE em termos de melhoria das condições de trabalho dos cidadãos dos Estados-Membros mais vulneráveis economicamente.

Na doutrina portuguesa e em relação ao direito de greve previsto no texto constitucional e a cláusula de paz social, subsiste a previsão legal de que a contratação colectiva pode estabelecer normas especiais relativas a procedimentos de resolução dos conflitos susceptíveis de determinar o recurso à greve, assim como limitações, durante a vigência do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e à declaração de greve por parte dos sindicatos outorgantes com a finalidade de modificar o conteúdo dessa convenção.<sup>1322</sup>

O direito à greve está consagrado pelo artigo 57 da CRP e de acordo com a doutrina portuguesa o direito à greve é por natureza um direito de exercício colectivo, mas tem como titulares cada um<sup>1323</sup> dos trabalhadores, e a declaração sindical de greve é um pressuposto do seu exercício, sendo a renúncia em contratos colectivos, mesmo que parcelada, temporária ou condicionada ao direito de declarar greve por parte dos sindicatos, uma privação dos trabalhadores do seu direito constitucional, e a renúncia sindical não é válida, pois torna a greve ilícita sendo um dispositivo inconstitucional, e haverá muita discussão doutrinária a respeito do tema, ressaltando qualquer douto entendimento, não será no caso em apreço, o nosso propósito.

E porque não será objectivo deste estudo a problemática delimitativa dos aspectos gerais da greve será contudo um dos critérios objectivos desta, e é comumente o relacionamento de uma determinado prejuízo ao empregador, “*ou pelo menos um exercício sobre ele*”<sup>1324</sup>, é por esta ordem de ideias a satisfação final dos trabalhadores o que obviamente cria selectivamente ou colectivamente uma ambiguidade assertiva do empregador

---

*Direito Fundamental na União Europeia*, GARCÍA MURCIA, J.: cit. pág. 226, “*caso Laval*”; descrito, entre outros no Acórdão do TRL de 23/02/1984; Acórdão do STJ de 04/03/2009 – Proc.º 0851687, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1321</sup> Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Processo C-341/05*.

<sup>1322</sup> MENEZES LEITÃO, T. M. L.: *Código do Trabalho Anotado*, 1ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003.

<sup>1323</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 33; “(…) a adesão à greve é um acto individual de cada trabalhador (…)”.

<sup>1324</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 427.

sobre o trabalhador grevista, considerando tal atitude uma “*rebeldia desleal*” perante o egocentrismo<sup>1325</sup> empresarial.

Contudo o conceito colectivo da greve tem uma titularidade individual devida à subordinação jurídica do trabalhador, não se vislumbrando que um empregador que tenha na sua esfera empresarial um único trabalhador, sindicalmente inerte a desencadear uma greve, mas, e se esse trabalhador pertencer a um sindicato e fosse decretada uma greve? Qual seria o comportamento de ambos no pós-greve? Possivelmente traduzir-se-ia numa desconfiança, deslealdade, desonestidade, etc., ou seja, uma recusa do cumprimento do dever de lealdade que envolve a relação laboral através do contrato de trabalho, advindo do cumprimento constitucionalmente devido a uma ruptura da referida assertividade.

A essência que justifica a greve constitui um comportamento de abstenção colectiva, sendo que exige comportamentos individuais voluntários e determinados, pelo que a boa fé é uma consequência que deve ser entendida, conhecida e aprovada pelo trabalhador, sendo que o efeito da greve está intimamente ligado a um conjunto de todos os direitos e vinculações que lhe estão titulados.

Porém, e quanto a esta matéria, torna-se mais complicado o facto do espectro da suspensão do contrato de trabalho durante a greve, pois não sendo a “*subordinação um dever em sentido próprio*”<sup>1326</sup>, mas sim o elemento nuclear do contrato de trabalho, e no propósito do dever de lealdade redundar na sinalagma do sigilo e do respeito, perante adesão à greve pelo trabalhador, não se compreenderia que “*saia*” da subordinação e quando a greve termine “*entre*” novamente na subordinação, o que mais não seria senão um absurdo pois não se compreende que o contrato de trabalho entre em “*letargia*”, porque o contrato continua a “*respirar*”, porque está “*vivo*”.

A greve compromete por definição o caos no trabalho provocado pelos trabalhadores, e admite um elemento de perturbação na relação laboral, e por isso efectiva-se sempre a nível individual, visto que individual é o plano da prestação de trabalho, e sendo um elemento relevante no processo de greve é, sublinhe-se, a adesão do trabalhador que “*não implica nenhuma declaração sujeita a particulares formas ou formalidades, antes podendo resultar de qualquer esquema que revele tal vontade, e mais simples é, naturalmente, a pura e simples abstenção de trabalhar*”.<sup>1327</sup>

<sup>1325</sup> O conceito egocêntrico do empregador em que só pensa no seu próprio benefício.

<sup>1326</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 475.

<sup>1327</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 388.

O requisito essencial da decisão de greve retém a essencialidade de que essa mesma decisão seja manifestada, isto é, o trabalhador ou os representantes enquanto tal e devidamente eleitos, transmitam ao empregador ou à associação competente, bem como à autoridade do ministério responsável, por meios idóneos, o que por si já implica que a lealdade do compromisso e atitude seja premente -, a decisão da greve, devendo ainda, conter através da comunicação dos dados essenciais a não colocar em risco a manutenção da empresa.

Em rigor, a probidade e lealdade no exercício do direito imporá, que o empregador possa saber, em dada situação de exigência, com quem eventualmente, pode contar para responder a necessidades de trabalho, e do lado dos aderentes, que se não suscitem dúvidas sobre a voluntariedade e eficácia do seu comportamento, posto que exercem um direito fundamental de que lhes não poderá advir quaisquer prejuízos ou consequências que não estejam previamente fixados na lei, pelo que se poderia, considerar que semelhante obrigação se configuraria como um dever sem heterotutela quando ao respectivo cumprimento.

Importante será ter em consideração que análoga obrigação se configuraria com um dever de heterotutela<sup>1328</sup> no que concerne ao respectivo e integral cumprimento, porque as exigências de lealdade poderiam estar, eventualmente, excluídos, que fosse no *“tal momento de letargia”* por força da suspensão<sup>1329/1330</sup> da relação laboral dos poderes de imposição do empregador e da consequente subordinação do trabalhador.

Mas vejamos, o conceito de greve é definida *“lato sensu”* pela doutrina como a *“abstenção colectiva e concertada da prestação do trabalho, através da qual um grupo de trabalhadores intenta exercer pressão no sentido de obter a realização de certo interesse ou objectivo comum”*<sup>1331</sup>, e interessa-nos tal definição pelo reconhecimento da natureza da greve como meio de pressão.

Impõe-se que os trabalhadores, e perante uma greve que afecte os serviços considerados essenciais<sup>1332</sup>, a obrigação de estabelecer e assegurar, ou ainda para sermos mais precisos, admitir que se estabeleçam ou mantenham, as condições suficientes para garantir o mínimo indispensável ao gozo do direito afectado, pois a controvérsia emerge precisamente

<sup>1328</sup> Quando os dois titulares são pessoas diferentes, e em que só a *heterotutela* garante a igualdade de tratamento.

<sup>1329</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 16ª Ed., Madrid, 1995, pág. 722.

<sup>1330</sup> No mesmo sentido ALONSO OLEA, A., *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Madrid, 1985, citado por MONTEIRO FERNANDES, A. in *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 897.

<sup>1331</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 879, cit. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 9ª Ed., Madrid, 1985, pág. 648; e no mesmo sentido: MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 370; PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 411 e ss..

<sup>1332</sup> LOBO XAVIER, B. DA G.: *Curso de Direito do Trabalho*, I, Verbo, 3ª Ed., 2004, pág. 259.

pela determinação do que é “*mínimo*”<sup>1333</sup> e do que é “*essencial*”, o que pode levar a que a protecção dos interesses de terceiros sejam extremados, e as razões grevistas percam a sua eficácia.

Por outro lado a colisão de direitos é determinante pela razão que existe da liberdade da empresa, e que mais não é que a faculdade de desenvolver um conjunto de actividades, e até encerrar tais actividades, ou seja, as condutas indispensáveis para a prossecução das actividades económicas pela empresa estão garantidas pela liberdade da empresa, e perante uma greve ficam suspensos o dever de trabalhar e logo o de assiduidade e de obediência, no que tenha a ver com a execução da prestação laboral, porém conserva-se, porque a relação de trabalho se mantém sem qualquer corte ou solução de continuidade, os deveres de lealdade, urbanidade, os deveres que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho.

Atente-se que esta interrupção contratual aos interesses do empregador, e que habitualmente se pretendem salvaguardados, como seja através da comunicação da ausência do trabalhador, são coarctados pelo facto de uma greve constituir uma forma de pressão para a resolução de conflitos laborais, situação que poderia ser minimizada se o empregador pudesse anular os efeitos da ausência do trabalhador.<sup>1334</sup>

O incumprimento pelos trabalhadores em greve do dever de manifestarem, levando ao conhecimento do empregador por forma inequívoca a adesão individual ao processo colectivo de greve, viola o dever de lealdade inerente à relação de trabalho, com consequências eventualmente a nível disciplinar, e levantar-se-á perante o exposto que, e emergindo das exigências de boa fé, a lealdade, estaria porventura, excluída momentaneamente, por força da suspensão da relação laboral<sup>1335</sup>, dos poderes de imposição do empregador e da consequente

<sup>1333</sup> Cfr. Acórdão do TRP 83/12.0YRPRT.P1 de 24/09/2012, e citando o Parecer do CCMP, relatado por Henrique Gaspar, homologado em 27/01/1999 e publicado em 03/03/1999, parece afirmar isso mesmo na seguinte conclusão: “*O conceito de serviços mínimos é indeterminado e depende de ponderações concretas de oportunidade e relatividade, sendo o núcleo essencial do seu conteúdo constituído pelos serviços que se mostrem necessários e adequados para que necessidades impreteríveis sejam satisfeitas sob pena de irremediável prejuízo*”.

<sup>1334</sup> Aliás, e tal como: PALMA RAMALHO, M. R.: *in Lei da greve anotada*, Lex, Lisboa, 1994, págs. 33-34, que o objectivo da comunicação é triplo, e não apenas o de dar conta da greve ao empregador: “*(...) o que subjacente à obrigação de pré-aviso parecem estar três interesses: o interesse, comum às duas partes, de evitar a greve, através de uma resolução antecipada do diferendo subjacente; o interesse do empregador em diminuir, tanto quanto possível, os prejuízos que a greve lhe possa vir a causar (sustendo recebimentos ou apressando remessas de mercadorias perecíveis, actuando junto de terceiros seus clientes, ou, dentro dos estritos parâmetros permitidos pela lei, reorganizando as prestações de trabalho no sector abrangido (...)); e o interesse geral de assegurar uma continuidade mínima na satisfação de necessidades vitais da comunidade*”.

<sup>1335</sup> Aderindo, voluntariamente e unilateralmente à greve, o trabalhador manifesta o seu acordo com as pretensões subjacentes ao conflito e aceita os efeitos modificativos na sua situação laboral inerentes a essa adesão, ou seja, ele demonstra a sua intenção grevista através do acto de adesão, pois habitualmente é revelado pela simples conduta abstensiva da prestação a que está obrigado, e essa manifestação de vontade produz no seu contrato de



subordinação do trabalhador, porque e na lógica da greve suspendem-se as prestações principais da relação jurídica laboral, porém, mas não necessariamente as acessórias, pelo que a declaração sem ambiguidades, sobre o significado do comportamento e de posição individual do trabalhador perante o processo de greve, constitui uma exigência determinada pela própria natureza da relação pelo princípio nuclear contratual que emerge, e pelo dever de lealdade que lhe é essencial.

Na perspectiva conceptual da greve é através do número 1, do artigo 536 do CTP, que se suspendem as prestações principais da relação jurídica laboral, mas não necessariamente as acessórias, e como tal ficam suspensos o dever de trabalhar, assim como tal o dever de assiduidade e de obediência, no que tenha a ver com a execução da prestação principal, contudo mantêm-se, porque a relação de trabalho se mantém sem qualquer corte ou solução de continuidade, os deveres de lealdade e urbanidade, sendo deveres que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho, pelo que o recurso à greve é nos termos do artigo 311 do CTP, decidido pelos representantes dos trabalhadores, bem como pelas associações sindicais, que podem deliberar, sempre em consideração às limitações de ordem proporcional.

Mas seja em que circunstância for, em qualquer greve, *"o pré-aviso permite que todos os trabalhadores, sindicalizados ou não, no âmbito por ele coberto, adiram à greve"*<sup>1336</sup>, e na senda do citado, *"a adesão é um acto individual, que pode ser declarado ou, simplesmente, presumido"*, ou seja, se o trabalhador, no dia de greve, não comparece ao serviço nem justifica a falta, o empregador pode presumir que ele aderiu e procederá em conformidade, e pode ainda suceder que o empregador questione o trabalhador se vai aderir ou não à greve, e sendo-lhe lícita a questão, o trabalhador não será obrigado a responder, apesar de que a resposta possa denotar um abuso ou uma resposta invasiva, o empregador não pode, a coberto de uma programação de recursos, considerar a existência de uma deslealdade pelo trabalhador.

Para que a greve seja legal devem os representantes dos trabalhadores convocar uma reunião e obter a aprovação da greve por maioria, através de uma acta devidamente assinada, sendo que a convocatória deve obedecer a um pré-aviso à autoridade laboral e ao empregador, com 5 dias de antecedência, porque se estes requisitos não forem cumpridos haverá má fé comportamental da incumpridora, sendo que também, e em consequência, a manifestação, e

---

trabalho um efeito suspensivo. Cfr. PALMA RAMALHO, M. R.: *in* Estudo apresentado no Seminário de Direito Civil do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas na FDL, no ano lectivo de 1988/1989. Acesso [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/PRamallho93.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PRamallho93.pdf). em 26/04/2013.

<sup>1336</sup> MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 914.

enquanto direito fundamental que assiste às partes, perante uma qualquer atitude de má fé uma prova de deslealdade para os compromissos a assumir.

No pré-aviso efectuado e feito pela entidade que decidiu do recurso à mesma, passa pela comunicação da sua ocorrência ao empregador, ou à associação de empregadores, e ao ministério responsável pela área laboral -, e devem figurar os motivos da greve e todas as negociações havidas com a entidade empregadora, bem fundamentadas, de forma a que os trabalhadores reconheçam as verdadeiras motivações da duração da greve e os estrito cumprimento das indicações dos elementos que compõem os comités de greve, porque se assim não acontecer estarão os elementares princípios que regem o bom senso inter-partes.

A jurisprudência do TCE<sup>1337</sup> assinala que o direito à greve é consentânea com o plasmado no número 1, do artigo 1 da CE, e entre outras ideias refere que os trabalhadores têm o direito de exercer medidas de pressão perante os empregadores, e pela suspensão do contrato de trabalho, estabelecer-se-á um limite à liberdade do empregador, aliás previsto também no número 1, do artigo 536 do CTP, que reconhece ao trabalhador não só do direito à greve como direito fundamental mas também um direito subjectivo.<sup>1338</sup>

O direito à greve é reconhecido como um direito subjectivo do trabalhador e simultaneamente como um direito fundamental<sup>1339</sup>, sendo que na legislação ibérica não é, e perante o exposto, um direito absoluto e ilimitado, pois encontra-se sujeito a restrições, como e por exemplo<sup>1340</sup>, e como tal necessita de uma “*regulamentação legal*”<sup>1341</sup>, como assim o

<sup>1337</sup> Mantem-se em vigor Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de Marzo, declaradas parcialmente em vigor pelo e cfr. o TCE 11/1981 de 8 de Abril, em que assinala na referida sentença que: “(...) *la constitucionalización del derecho de huelga ‘es coherente con la idea del Estado social y democrático de derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos’ (FJ 9). (...) siguiendo la STC 11/1981, que los trabajadores ostentan un derecho a ejercer determinadas medidas de presión frente a los empresarios, un derecho a ‘colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario’ sin que de ello deriven sanciones’ (...)*”.

<sup>1338</sup> Cfr. STC nº 123/1992 de 28 de Setembro.

<sup>1339</sup> Cfr. sentença do STC 123/1992, de 28 de Setembro que expresa que: “(...) *la huelga, que como hecho, consiste en la cesación en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado Social y democrático de Derecho*”.

<sup>1340</sup> Acórdão nº 199/2005, de 10 de Abril de 2005, publicado no Diário da República, II Série, nº 107, de 3 de Junho de 2005; e também o Acórdão nº 289/92, do mesmo Tribunal, publicado no Diário da República, II Série, de 19 de Setembro de 1992, que no mesmo sentido referem: “(...) *de entre as limitações geralmente assinaladas ao direito à greve, encontra-se, com fundamento, a imposição de que o exercício de tal direito não afecte um núcleo de prestações essenciais, compreendendo-se, assim, que a obrigação de assegurar, em caso de greve, os serviços mínimos ineliminavelmente ligados à satisfação de necessidades colectivas de natureza básica e impreterível se prefigure como uma instância de salvaguarda e garantia de relevantes bens jurídicos*”.

vêm afirmando as Associações de Empregadores Portugueses realçando que as constantes greves que intermitentes ou contínuas vêm degradando a estrutura económica do país pela imprevisibilidade produtiva.

As greves atípicas podem revestir uma multiplicidade de formas ou tipos, que a doutrina tem procurado sistematizar e caracterizar e que determinam um maior prejuízo<sup>1342</sup> consolidando na quebra do ciclo produtivo na empresa pelo incumprimento que advém da prestação do trabalho.

A declaração, sem sentido equívoco sobre o significado do comportamento e da posição individual perante o processo de greve, constitui uma exigência determinada pela própria natureza da relação, sendo que a violação leal introduz uma mancha na relação laboral com implicações, e possivelmente a nível disciplinar, no futuro, o que pode realçar numa atitude de má fé por parte do empregador.

E, apesar das contingências limitativas dos ordenamentos ibéricos, cabe referir que em Espanha o direito à greve tem uma similitude à portuguesa, pelo que goza de reconhecimento constitucional através do número 2, do artigo 28 da CE, com a limitação estabelecida, ainda que transpareça uma outra impressão de que: *“las garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*, pois refere o alcance do preceito outorgado de que os *“servicios esenciales”* têm uma ampla subjectividade, porque afinal o que é essencial para determinados serviços não o será para outros, e o empregador, enquanto investidor, terá sempre o direito de objectar por questões económicas, sempre que essa peculiaridade seja violadora dos seus direitos fundamentais, contudo a definição transcrita de *“servicios esenciales”* é encarada pela doutrina jurisprudencial.<sup>1343</sup>

As associações sindicais e os trabalhadores em greve devem assegurar a prestação dos serviços essenciais, (ou mínimos) indispensáveis à satisfação de necessidades sociais impreteríveis, tendo este conteúdo e extensão dos serviços essenciais indispensáveis, relevando dos interesses fundamentais da colectividade, estará condicionada por critérios de adequação e proporcionalidade e competirá ao Estado averiguar, porque sendo indeterminado

---

*constitucionais que resultariam previsivelmente afectados – e com isso potencialmente sacrificados – caso o direito à greve se configurasse de forma absoluta e sem quaisquer restrições possíveis (...).”*

<sup>1341</sup> Cfr. STC 332/1994 de 19 de Dezembro, FJ, 3ª (RTC 1004, 332).

<sup>1342</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 435; ALONSO OLEA, M.: *Huelgas Atípicas: Identificación, Caracteres y Efectos Jurídicos*, pág. 453 e ss; MONTEIRO FERNANDES, A: *Greves Atípicas: Identificação, Caracteres e Efeitos Jurídicos*, pág. 491 e ss.; CASAS BAAMONDE, M. E.: *Huelgas Atípicas: Identificación, Caracteres y Efectos Jurídicos*, pág. 519 e ss.; (citados).

<sup>1343</sup> Cfr. STC de 26/1981.

e dependendo de ponderações concretas de oportunidade e relatividade, e sendo o núcleo essencial do seu conteúdo constituído pelos serviços que se mostrem necessários e adequados para que necessidades impreteríveis sejam satisfeitas sob pena de irremediável prejuízo dos diversos serviços afectados pela greve, pelo que não se podem substituir às associações sindicais quando estas não cumprirem a obrigação de designar os trabalhadores que devem ficar, em cada caso, adstritos à prestação de serviços mínimos, porque, quer queiramos quer não, concorde-se ou discorde-se, mas a complexidade do processo de greve, que pelas implicações e consequências naturais, constitui uma manifestação extrema de conflitualidade laboral, e representando o exercício de um direito fundamental situa-se numa dimensão axiológica que exige o respeito de condutas essenciais de lealdade, porque perante a extensão de incumprimentos até agora aferidos, *“a greve apresenta-se, pois, como uma realidade desleal”*.<sup>1344</sup>

Não diferindo a legislação ibérica de forma global, é consentâneo que o direito à greve é um direito outorgado pelo trabalhador enquanto cidadão individual, ainda que possua ao *“privilegio colectivo”*, pelo que comungamos a ideia conceptualizada da *“concepção orgânica do direito à greve”*<sup>1345</sup>, ou seja, a singularidade enquanto trabalhador individual e a pluralidade do trabalhador enquanto inserido num colectivo, e é importante realçar que onde se inicia *“um”* e termina o *“outro”*, sendo um mesmo indivíduo.

É nossa convicção que a destrinça objectivamente não existe, contudo pode ser desvirtualizada se a informação de quem o representa assumir características dúbias e reflexo de uma insidiosa deslealdade perante um colectivo, e daí que os compromissos assumidos por quem convoca e lidera a greve deva escrupulosamente seguir o outorgado com os reais interesses envolvidos.

Obviamente que o exercício colectivo e individual terão que estar unidos seja em que circunstância for, pois a adesão do trabalhador enquanto cidadão individual dependerá sempre das motivações que a liderança da greve possa incutir, porque jamais poderá haver um colectivo se não existir um indivíduo, e apesar do vínculo ou a ligação do trabalhador, um qualquer incumprimento do acordado previamente no plano colectivo, traduzir-se-á negativamente para o trabalhador individual.

<sup>1344</sup> Seguindo alguma doutrina, *“(…) o direito de greve apresenta uma dupla fisionomia – quanto ao conteúdo, um direito potestativo, e quanto ao interesse tutelado, um direito subjectivo colectivo”*; cfr. MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra 2007, pág. 891, citando a síntese de SANTORO-PASSARELLI.

<sup>1345</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho sindical español*, 5ª Ed., Tecnos, Madrid, 1994, págs. 300-301.

Contudo neste elemento proeminente da dimensão individual do processo de greve, a aderência do trabalhador, qualificável enquanto “*acto jurídico unilateral*”, expresso ou tácito, e que tem o “*empregador como destinatário, devendo por ele, ser cognoscível*”<sup>1346</sup>, isto é a imperatividade de probidade e lealdade, determinará uma singular evidência no plano valorativo de uma actuação, ou actuações, configuradas a um princípio de evidência equitativa, porque a produtividade da empresa jamais pode ser posta em causa, é esta a nossa opinião.

Em todo o caso, o antagonismo da titularidade individual *versus* a titularidade colectiva implica que o gozo dos direitos individuais do trabalhador o requeiem materialmente para um isolamento, sendo que a dimensão colectiva acabará por privilegiar essa mesma inserção num colectivo que concretiza os reais interesses do grupo, enquanto unido na defesa de uma classe, pois perante uma demarcação do colectivo não poderá o trabalhador ser um perfeito sintetizador das suas necessidades, mas, não se olvide que o trabalhador acreditará até à concretização de um qualquer acordo na boa fé dos convocantes e líderes da greve, e se tal não acontecer, a desmobilização acentuar-se-á unanimemente.

Temos acentuado que os deveres entre todos os actores sociais, antes, durante e depois da greve é requisito essencial para a concretização “*saudável*” da mesma, ainda que por vezes, e não são poucas, os objectivos finais se diluam no protesto e não em resultados que motivaram a greve, redundando em manifestações hostis e senão violentas, resultando de tais factos a suspensão imediata de qualquer negociação.

Não persiste dúvida que a evolução doutrinária acerca dos mecanismos de imunidade da greve contra a conduta da entidade empregadora, que por motivos económicos, fundamentalmente, tenta inviabilizar, existe uma deficiente protecção quando são toleradas as acções unilaterais pelo empregador de forma a dissuadir, ou seja, existe uma clara afectação ao princípio da boa fé quando é permitido à entidade empregadora a manutenção da actividade económica recorrendo a meios sofisticados, que hoje em dia se traduzem através das “*auto-estradas*” da tecnologia para suprir as ausências dos trabalhadores, verificando-se através de um comportamento desleal perante trabalhadores e representantes.

O que o artigo 57 da CRP confere a quem trabalha é a faculdade, entenda-se a liberdade -, de recusa da prestação de trabalho contratualmente devida, faculdade essa cujo exercício não pode ser obstaculizado pelo empregador, pelo Estado ou pelos poderes públicos,

---

<sup>1346</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 386.

que têm portanto perante ela o “*dever primacial de não fazer ou de não interferir*” e que caracteriza precisamente a estrutura típica dos “*direitos, liberdades e garantias*”.

Na verdade, a liberdade de recusa da prestação de trabalho contratualmente devida opõe-se também, e desde logo, aos empregadores que têm perante ela um igual dever de tolerar, ou de não obstaculizar, e de não interferir.

As decisões do TCP<sup>1347</sup>, entre outros, caracterizaram com suficiente precisão a estrutura deste direito fundamental, justificando por isso a sua pertença “*natural*” à categoria dos direitos, liberdades e garantias, categoria essa que, no sistema da CRP, aparece modulada em função da condição existencial da *pessoa*, do *cidadão* e do *trabalhador*.

No que concerne ao TCE são caracterizadoras da postura jurisprudencial praticada genericamente também em Portugal, e num processo julgado pelo TCE<sup>1348</sup>, e deveras interessante, em que um canal televisivo que devia transmitir um jogo de futebol aguardado por uma imensa maioria do povo espanhol, e perante uma greve anunciada dos trabalhadores, divergiu a transmissão para outros canais.

O TCE entendeu que o propósito da greve não deveria afirmar-se ao referido canal televisivo, enquanto entidade empregadora, porque o “*dever ou obrigação de colaboração com os trabalhadores grevistas e quanto ao sucesso dos seus intentos*”.<sup>1349</sup>

O empregador deve ter uma atitude comportamental de reconhecimento da eficácia da greve, e reconhecendo tal facticidade está a ser leal para consigo próprio e para com a colectividade envolvente, sejam os representantes dos trabalhadores, os próprios trabalhadores e o mercado em particular, e não como um elemento interruptor da prestação laboral, pois não deve olvidar que uma greve tem um elemento fundamental que é o desequilíbrio produtivo, e na grande maioria das vezes uma atitude “*preventiva*” é suficientemente mais eficaz que uma medida “*curativa*”.

A greve pode de certo modo, não alicerçar uma figura de resolução de conflitos, mas sim uma forma serena de expressão do próprio conflito, pois é um dos instrumentos de influência, legítimo, que os trabalhadores possuem para defesa dos seus interesses, e como direito de expressão que lhes assiste é um mecanismo necessário para atingir as possibilidades democráticas num Estado de Direito.

<sup>1347</sup> Cfr. Acórdãos n.ºs 289/92, 868/96 e 199/2005, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>1348</sup> Cfr. STS (4.ª) de 27 de Setembro de 1999.

<sup>1349</sup> BAYLOS GRAU, A.: *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales en Casos de Huelga*, in: AA.VV., *Estudios sobre la huelga* (coord.: BAYLOS GRAU, A.), Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 102.

A assimetria ou desigualdade que está presente na relação laboral não autoriza a deslealdade de qualquer dos actores individuais ou colectivos, devendo revelar-se a conduta leal na interacção com o outro pólo da relação intersubjectiva, bem como com o próprio instituto jurídico de que se servem os referidos actores, pois as entidades de direito não se prestam a outros escopos se não aos fins sociais para os quais foram concebidos.

Se há greve, devem os agentes e os destinatários primar por um comportamento coerente com os aspectos objectivos e finalísticos do instituto.

Porque a empresa tem uma função social, gerando emprego e rentabilidade, produzindo bens ou serviços, pelo que a relação desta e a sociedade também deve ser preservada, pelo que em nenhuma circunstância os meios adoptados pelos trabalhadores e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem, para além de que todos os actores sociais ficam *obrigados de comum acordo*, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, dando continuidade ao princípio geral de boa fé, mas não é suficiente, porque as regras de conduta superam os princípios determinados pelos contratos, e especificamente pela legislação.

Os conflitos colectivos por vezes exacerbam-se para o exterior, razões manifestadas pela população pela interrupção dos serviços e pelo “*exagero grevista*”, bem assim como entre trabalhadores aderentes e trabalhadores não aderentes, e neste caso concreto o que está em causa é a lealdade ao direito que assiste ao trabalhador grevista de manifestar a sua indignação, e o trabalhador que não adere e proclama a redução de produtividade e a consequente viabilidade da empresa, que mais não é que a proclamação do dever de lealdade ao propósito da função que desempenha, e em consequência do que acabamos de referir veja-se a doutrina do TCE<sup>1350</sup>, sendo o direito à greve um direito fundamental do trabalhador, mas

---

<sup>1350</sup> E sobre este preceito, o Tribunal Constitucional Espanhol, através da STC 123/1992, mantém que: “(...) recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del ‘esquirol’, expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. (...). En definitiva, la sustitución interna (...) constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el ius variandi, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, como dijo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de Octubre de 1989 (Sala de lo Social) donde se consideró inviable la sustitución de marineros huelguistas por otra tripulación formada con trabajadores vinculados a la naviera mediante contratos anteriores al conflicto, pero de otros buques”.

que para ser exercido deve coexistir com os interesses dos empregadores e da sociedade em geral.

Por conseguinte, os trabalhadores grevistas deverão observar, no exercício do direito de greve, e durante o conflito que a motiva, os direitos e garantias fundamentais de outrem, e dessa forma, por exemplo, os piquetes serão permitidos desde que não ofendam as pessoas ou cometam distúrbios ou danos em bens alheios, ou venham a impedir que o trabalhador não grevista ingresse no trabalho, isto é, a conduta deve ser determinada não pelo princípio geral da boa fé, mas sim pela concretização sensata do respeito pelo outro através de uma conduta de respeito e custódia a todas as pessoas envolvidas.

## **CAPÍTULO VI - O DEVER DE LEALDADE NAS RELAÇÕES LABORAIS ESPECIAIS E EM TRABALHOS COM PARTICULARIDADES**

### ***1. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de trabalhadores dirigentes***

No caso dos trabalhadores de alta direcção, que não sejam conselheiros ou administradores, a menos das necessidades de conhecimentos profissionais específicos, a relação de confiança é muito importante e fundamental, já que as dificuldades das empresas precisam ser contornadas para que accionistas e trabalhadores não se sintam inseguros e venham a receber qualquer informação, de preferência, depois que a solução ter sido encontrada para as dificuldades existentes.<sup>1351</sup>

Os deveres fiduciários que estão inseridos dos cargos de alta direcção<sup>1352</sup>, são basicamente idênticos ao de qualquer outro trabalhador ou mandatário, existindo nesta tipologia contratual um verdadeiro regime ético que limita as condutas e que lhe são peculiares, que passam pelos limites de usurpação de funções no que diz respeito aos negócios

<sup>1351</sup> PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012, págs. 100-101.

<sup>1352</sup> Cfr a STJ 5263/2012 de 18/06/2012, e que refere: "(...) La relación de trabajo de alta dirección es una relación fiduciaria, dotada por ello de un régimen especial de extinción cuyos rasgos principales son la aceptación del desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento del régimen común de condena a readmisión; caracteres todos ellos que apuntan en la misma dirección de excluir para este personal la indemnización y salarios de tramitación.



da empresa, o conflito de interesses ou a exclusividade que lhe é devida, imposta pelo empregador, ou como recurso, os critérios subsidiários a que estão obrigados.

A relação de condutas a que está sujeito o trabalhador dirigente passa indubitavelmente por um dever de lealdade pela independência que deve perseguir, tendo como prossecução primária os interesses da empresa acima dos interesses de terceiros, bem assim como dele próprio, e nesta matéria a doutrina jurisprudencial vem assinalando que a deslealdade de trabalhadores que ocupam cargos dirigentes são mais vulneráveis a processos disciplinares e consequentemente ao despedimento<sup>1353</sup>, e perante a circunstância de uma determinada função de direcção possa suscitar dúvidas perante uma relação laboral comum ou uma relação laboral especial de alto cargo directivo/dirigente, também no caso a jurisprudência optou por esta última.<sup>1354</sup>

A apreciação do artigo 16, do RD 1384/1985, dispõe que: “(...) *sem prejuízo de outras formas de representação, o pessoal de alta direcção, não participará como eleitor ou como elegível (...)*”, de onde se depreende que a exclusão em qualquer acto eleitoral de representação de trabalhadores, o que é contrário ao consagrado pelo artigo 28 da CE<sup>1355</sup>, ou seja, a figura do cargo de direcção não vinculado por contrato de trabalho suscita que o apreciemos, e inicia-se pelo facto de se poder estar perante a figura jurídica de um contrato mercantil ou um contrato de trabalho atípico, mas configuremos o caso de um trabalhador que iniciou a função com um cargo de direcção, e que posteriormente assumiu o cargo de conselheiro na mesma empresa, o que perante um litígio, e em conformidade com a jurisprudência espanhola<sup>1356</sup>, conclui-se que o vínculo laboral devia prevalecer sobre o mercantil, já que se tratava de um gestor designado que cumpria ordens de um superior hierárquico.

Tomemos como exemplo e apesar de não fazer parte do âmbito da relação jurídico-laboral privada, os directivos não laborais de empresas que são muitas vezes nomeados primordialmente pela sua lealdade aos governantes, desconsiderando-se as qualificações requeridas para o cargo, e na realidade a competência é uma condição necessária para a boa

<sup>1353</sup> Cfr. a STS 19/09/2011 (Rc 4572/10).

<sup>1354</sup> Cfr. a STS 14/02/2012 (Rc 4431/10). Que fundamenta a decisão no facto de que ainda que no momento a contratação como trabalhador de alta direcção existisse um vazio legal para autorizar tal qualificação de acordo com o RD 1384/1985, deve entender-se aplicável o regime do trabalhador de alta direcção, ao menos a partir da entrada em vigor da Lei 7/2007 de 12 de Abril sobre o EBEP (número 4, do artigo 13), que submete à relação especial de alta direcção, os trabalhadores que tenham condição laboral comum, por aplicação da chamada retroactividade débil.

<sup>1355</sup> Cfr. sentença do TS, Sala do Contencioso – Administrativo, de 22/10/1987, RJ1987\6902.

<sup>1356</sup> Cfr. sentença do STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de Maio de 2009.

gestão, mas por si só não é suficiente, e se o critério de escolha desses profissionais for feito com base nas lealdades políticas ou institucionais, sejam técnicas ou não, têm como premissa fundamental corresponder aos desejos dos seus “*protectores*”, o que e assim sendo, estão intrinsecamente *presos* a compromissos perante terceiros perfeitamente condicionados.

Os directivos ou conselheiros limitam a intervenção sem necessidade de procederem a consultas prévias, ao contrário dos directivos ou dirigentes sujeitos a um vínculo laboral que obedecem a parâmetros financeiros e económicos da empresa, porém, o desempenho de qualquer um dos cargos está sujeito a observar o dever de lealdade e diligência solidária com a organização.

E chegados a este ponto, obviamente que esta tipologia contratual assume um valor acrescentado de lealdade, não só pelo cargo que desempenha, o que *per si*, é desígnio de confiança e autonomia, mas também pelo facto de ser o “*espelho*” interno e externo da empresa.

Deve observar-se, porém, que a boa fé não implica necessariamente a um dever de lealdade absoluta<sup>1357</sup>, uma vez que o empresário não pode exigir do trabalhador comum, por exemplo, guardar segredo absoluto por algo relativo a empresa se este trabalhador não estiver inserido na condição de dirigente da empresa, ou algo semelhante, em que deve ocorrer uma certa cumplicidade entre os trabalhadores<sup>1358</sup> e o empregador.

A competência e confiança devem ser exercidas, principalmente, em momentos de dificuldade em que possa haver insegurança por parte de accionistas, sócios e trabalhadores, de tal modo que, as informações somente podem ser divulgadas, após a solução ter sido encontrada.<sup>1359</sup>

É extremamente saliente que perante uma função de dirigente, assim como perante cargos de alta confiança, a relação fiduciária do trabalhador tem um “*peso*” muito mais relevante, o que aumenta substancialmente o dever de lealdade, ficando o trabalhador, muito mais vulnerável às consequências de incumprimento e como é obvio a sanções disciplinares,

<sup>1357</sup> Acórdão STJ, de 24/6/1998, AD, 445, 112: “*I-A um trabalhador que exerce um elevado cargo, é exigível um mais exigente dever de obediência, respeito, lealdade e colaboração com a entidade patronal, decorrentes da sua qualificação, atribuições e responsabilidade. II- Constitui justa causa de despedimento um comportamento de repetido e arrogante afrontamento em relação aos membros do Conselho de Administração da empregadora*”.

<sup>1358</sup> O TEDH na sentença Asunto Palomo Sanchez y otros c. España, (Demandas nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06), Estrasburgo, 12 de septiembre de 2011 e ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *TODO-Contratación laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012, págs. 92-93.

<sup>1359</sup> ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *TODO-Contratación laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012, págs. 92-93; e TEDH na sentença Asunto Palomo Sanchez y otros c. España, Demandas nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06), Estrasburgo, 12 de septiembre de 2011.

aliás o número 1, do artigo 392 do CTP, prevê que o empregador possa requerer ao tribunal que exclua a reintegração por considerar que tal regresso do trabalhador seria extremamente prejudicial para a empresa.<sup>1360</sup>

Deve porém referir-se que o TCP tem sido do entendimento de que a tutela reintegradora constitui um corolário da proibição constitucional do despedimento sem justa causa, como proclama o artigo 53 da CRP, e para além disso, nestes casos deve ter-se em conta “*a relação de confiança entre as partes que subjaz a estes vínculos, por força das funções exercidas*” e, em geral, “*a menor necessidade de tutela destes trabalhadores, dada a sua função dirigente*”<sup>1361</sup>, aliás confirmado pela jurisprudência.<sup>1362</sup>

Na prática de actos jurídicos a característica do objecto do mandato pode igualmente inserir-se na do contrato de trabalho do cargo de trabalhadores dirigentes, porém, e tendo em consideração a qualificação laboral que releva a autonomia técnica, bem como a autonomia geral que está subjacente à função de “*alto cargo*”, a doutrina portuguesa identifica e estabelece critérios de admissibilidade, sem que por isso ele resulte descaracterizado.

A legislação laboral portuguesa considera que o trabalho prestado por administradores não sócios, que são de facto altos dirigentes -, é reencaminhado para a figura do mandato, por ausência de subordinação jurídica<sup>1363</sup>, da qual se depreende uma autonomia que subjaz a finalidade de actuar perante os interesses da empresa e sob a vontade desta, o que é condição implícita.

Mas vejamos, a obrigação de lealdade e cooperação que incumbe ao mandante não resulta literalmente do artigo 1167 CCP, pois esta norma reconduz-se ao princípio expresso no número 2, do artigo 762 CCP, segundo a qual as partes devem proceder de boa fé tanto no cumprimento da obrigação quanto ao exercício do direito respectivo e tem inteiro fundamento na natureza do contrato de mandato como negócio típico de cooperação entre pessoas, assente numa relação de confiança.

<sup>1360</sup> No mesmo sentido: PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado do Direito do Trabalho, Parte I, Dogmática Geral*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 334.

<sup>1361</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 869.

<sup>1362</sup> Cfr. o Acórdão do TCP nº 338/2010, de 22/09/2010: “*A solução do artigo 392 do CTP, constituindo uma restrição ao direito à segurança no trabalho, consagrado no artigo 53 da CRP, afigura-se uma restrição justificada, nos termos do número 2, do artigo 18, da mesma CRP.*”

<sup>1363</sup> Cfr. Acórdão do TRC de 19/03/1998, CJ, 1998, II, 73.

Desta forma, é nossa convicção que a “*alta dirección*”<sup>1364</sup> proclama o trabalho subordinado com um grau de autonomia elevado, é certo, mas é sobretudo pelo elevado grau de confiança que o empregador deposita no trabalhador, porque acima de qualquer conjectura mais sumptuosa, continuam a ser trabalhadores subordinados.

Mantemos, contudo o preceito que constitui orientação pacífica a que os administradores das sociedades anónimas e os gerentes das sociedades por quotas<sup>1365</sup>, enquanto tais, preenchem as características do mandato e não as do contrato de trabalho, mas entendemos no entanto também que a titularidade da gerência comercial pode cumular-se na mesma pessoa com aposição de trabalhador subordinado, *maxime* quando nela não concorra a qualidade de sócio, não olvidando que a autonomia do trabalhador, atenua, ou pode atenuar, em parte ou na totalidade, a poder directivo do empregador.

A legislação espanhola, através do número 1, do artigo 2 do ETE, exorta que o cargo de um trabalhador que desempenhe um cargo de alta dirección é caracterizada pela confiança recíproca de empregador e trabalhador, em que existirá para além da autonomia um grau de responsabilidade, o cumprimento das instruções do empregador, como se induz pelo artigo 2, do Real Decreto 1382 de 01 de Agosto de 1985 (RD 1382/1985), e pelo ETE, ou seja, a relação que regula uma determinada actividade fica de fora da aplicação da norma laboral e insere-se no direito civil e comercial, porém é uma situação que não conclui passividade na jurisprudência espanhola.

O RD 1382/1985 que regulamenta a relação laboral de carácter especial dos trabalhadores que exerçam cargos de alta dirección como refere o artigo 2, colhe de facto o rumo jurisprudencial favorável à manutenção jurídico-laboral, tendo como corolário a confiança recíproca nas exigências da boa fé, que aliada ao dever de diligência, são os pilares em toda a relação laboral, e na realidade a diligência devida implica o dever de não fazer concorrência desleal perante a entidade empregadora, bem assim como o dever de não provocar situações danosas, não divulgar os segredos de negócio e não aceitar benefícios de terceiros em *prol* de si próprio e em detrimento da empresa<sup>1366</sup>, sendo requisitos fundamentais em toda a prestação de serviços, mas sobretudo num trabalhador que exerça o cargo de dirección.

<sup>1364</sup> É nossa opinião que na função de “*alta dirección*” está implícita na categoria profissional de Directores ou Directores-gerais.

<sup>1365</sup> Entendamos que estas categorias profissionais são, e desempenham, cargos de elevada confiança pela atitude directiva que revestem.

<sup>1366</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 361.

O legislador português também estipula no artigo 64 do Código das Sociedades Comerciais (CSC), que cargos de direcção devem actuar com diligência de um “*gestor criterioso e ordenado*”, considerando não só os interesses da entidade empregadora, mas também os interesses dos trabalhadores, e neste caso em particular é de toda a relevância acentuar que as atitudes negligentes dos elementos directivos pode vir a colocar em causa a continuidade da empresa e subsequentemente os postos de trabalho.

Os actos concorrência desleal devem preconizar um uso excessivo e desleal da liberdade de concorrência, e não devem ser confundidos com a denominada concorrência ilícita que pressupõe uma violação de uma norma legal ou do próprio contrato, pelo que a exclusividade é um requisito essencial a apor na relação jurídico-laboral destes profissionais.

A delimitação que se infere do número 2, do artigo 1 do ETE, preconiza um exercício da actividade de forma autónoma e com plena responsabilidade, sendo que no número 1, do artigo 2, do ETE, não vislumbramos de forma taxativa, uma vez que se pode subtrair outras relações que não estão aí expressas, isto é, são vínculos de carácter laboral em que estão implícitos os pressupostos do número 1, do artigo 1 do ETE, mas que em nossa opinião apresentam uma especificidade determinada, e daí que estejam contidas no RD 1382/1985.

A primeira dessas relações especiais citada pelo artigo 2 do ETE é a “*relação do pessoal de alta direcção não incluído na alínea c), do número 3, do artigo 1*”, pelo que abrange os trabalhadores que “*exercitam poderes inerentes à titularidade jurídica da empresa e relativos aos objectivos gerais da mesma, com autonomia e plena responsabilidade, limitadas apenas pelos critérios e instruções directas emanadas da entidade empregadora.*”

Ou seja, no exercício de “*poderes inerentes*” à titularidade da empresa, não se inclui aí toda pessoa que exerce funções de direcção na empresa, nem todos os que ocupam postos de direcção ou chefia, mas unicamente quem participa das decisões que são fundamentais para a direcção da empresa e que afectam o núcleo da organização produtiva.

De uma forma geral o ocupante desse cargo recebe da empresa poderes expressos de representação, em conformidade com o contrato de mandato -, mas a qualificação de alto dirigente não depende da denominação do seu cargo, nem da outorga expressa de poderes de representação, mas das funções ou actividades realmente desempenhadas<sup>1367</sup>, e infere-se do ETE que são trabalhadores que voluntariamente prestem os seus serviços remunerados por conta de outrem e dentro do âmbito de organização e direcção de outra pessoa, física ou

<sup>1367</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUITIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006, págs. 169-176.

jurídica, denominada empregador ou empresário, e é a partir desse conceito que a doutrina e a jurisprudência espanhola inferiram os elementos ético-jurídicos da relação de trabalho: pessoa física, pessoalidade, voluntariedade, prestação por conta de outrem (*ajenidad*), dependência e retribuição, sendo que o requisito da "*prestação por conta outrem*" compreende dois aspectos: apropriação dos frutos do trabalho por pessoa diversa do trabalhador, isto é, por aquele que recebe a prestação de serviços, e atribuição a este último dos riscos económicos, e conceito *supra* descrito é importante para definir o âmbito de aplicação do ETE e das demais normas laborais.<sup>1368</sup>

Um dos requisitos necessários à caracterização do trabalhador dirigente, é a necessidade de que as funções exercidas por esse trabalhador se refiram à inteira actividade da empresa ou a aspectos transcendentais de seus objectivos, com dimensão territorial plena ou referida a zonas ou centros de trabalho nucleares para tal actividade, pois apenas dessa forma serão "*inerentes*" à titularidade da empresa, e segundo a jurisprudência do STJ<sup>1369</sup> o trabalhador dirigente deve situar-se no "*vértice*" desta e actuar como "*alter ego*" do empresário.

Na nossa perspectiva não há necessidade do trabalhador ser o "*alter ego*" do empregador, basta ter poderes em determinados sectores estratégicos da empresa, estar numa posição de relevante hierarquia na estrutura, receber uma retribuição substancialmente superior aos seus subordinados, admitir e despedir, para estar enquadrado num cargo de confiança, porém, é natural que a este trabalhador dirigente seja exigido um grau de lealdade mais acentuado que aos outros trabalhadores.

Deve também ser considerada a necessidade de que as funções exercidas pelo trabalhador tenham correlação com a actividade da empresa ou, eventualmente, a aspectos transcendentais dos seus objectivos, com a caracterização territorial abrangente pelo cargo<sup>1370</sup>, pelo que é importante a delimitação inerente à função desempenhada.

Cumprе аcentuar que o trabalhador dirigente recebe os seus poderes de direcção directamente do empregador a partir desse momento exerce-os conforme o seu entendimento, sujeitando-se porém, e exclusivamente aos critérios e instruções directas emanadas das pessoas ou dos órgãos superiores de administração da entidade, aos quais deverá consultar ou

<sup>1368</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 14ª Ed., Tecnos, Madrid, 2005, págs. 169-170.

<sup>1369</sup> Cfr. sentença STJ de 24 de Janeiro de 1990.

<sup>1370</sup> Decisão do Tribunal Supremo Espanhol de 6 de Março de 1990, e citado por, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 183.

informar, e esta autonomia e plena responsabilidade manifestam-se, sobretudo frente aos restantes trabalhadores.

O cargo de alta direcção não se pode confundir com outros possíveis cargos ou relações com a empresa, como o de conselheiro ou membro de Conselho de Administração das sociedades, que gera uma relação de carácter civilístico, mesmo que inclua funções de direcção e gestão -, e o de director de carácter ordinário, ainda que seja de grande qualificação e responsabilidade, e este é regido pelas normas laborais, daí que estes cargos impliquem a extinção ou a suspensão como estipula o número 2, do artigo 9 do RD 1382/1985, e no caso de despedimento disciplinar, este deve estar fundado com base no incumprimento grave e culposo, sendo que a tramitação é idêntica ao processo disciplinar comum previsto que está no artigo 55 do ETE.

Existem regras previstas pela legislação espanhola que se tornam imperativas como seja a protecção do próprio trabalhador envolvido nesta temática, mas que também o limita em termos restritivos, como sejam, e essencialmente porque se interligam com a boa fé, o caso da proibição de concorrência e os compromissos de permanência e exclusividade, quando, e perante uma lacuna legislativa do preceito legal atrás referido, existe uma remissão para o ETE, como sejam as infracções e sanções a aplicar pelo empregador, e quando tal não seja possível, serão subsidiariamente, as leis civis e comerciais onde está prevista a autonomia da vontade, como aliás preconiza o RD 1382/1985.

Sendo que está implícito na legislação até agora enunciada, o cumprimento do princípio geral das regras da boa fé, o trabalhador obriga-se ao pacto de não concorrência<sup>1371</sup> e permanência<sup>1372</sup> na empresa, o que se compreende pelo simples facto de ser titular de conhecimentos que podem colocar a idoneidade financeira e tecnológica da entidade empregadora em causa.

Assim, e perante os pressupostos que identificam esta relação dos regimes jurídicos analisados, se por um lado existe uma subordinação jurídica imposta directamente pelo contrato de trabalho, noutra o mandato estabelece as regras de obrigação da prática de um ou mais actos jurídicos por conta de outrem, e no caso do empregador, apesar de que a amplitude da legislação espanhola não estabeleça uns limites de categoria, a legislação portuguesa caminhou para uma inserção absoluta no sinalagma do contrato de trabalho.

<sup>1371</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 15ª Ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 322.

<sup>1372</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J: *Derecho del Trabajo*, 3ª Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 442.

Daí que o trabalhador que ocupe um cargo dirigente é, seja numa ou noutra circunstância, um trabalhador por conta alheia, e que implica uma relação laboral especial de direcção que se caracteriza como qualquer relação laboral voluntária, com retribuição, subordinação e actividade, pelo que o trabalhador apesar ter uma actuação com perfeita autonomia e responsabilidade, tem as limitações que as instruções e critérios impostos pelo empregador, e como tal está sujeito a um dever de lealdade reforçado, se bem que os poderes de que está investido sejam suficientes para tomar decisões, tal como refere alguma jurisprudência espanhola.<sup>1373</sup>

O contrato de mandato, previsto no artigo 1157 do CCP, tem por objecto a prática de um ou mais actos jurídicos por conta de outrem, e presumir-se-á que tal contrato seja gratuito, a menos que a prática de tais actos seja própria da posição do mandatário.

O que caracteriza este contrato é a natureza dos actos a praticar, – jurídicos e não materiais –, porém, quando estamos perante um contrato de trabalho que tenha por objecto a prática de actos jurídicos, deve atender-se ao facto de tais actos serem ou não praticados ao abrigo da existência de uma relação de subordinação jurídica, e não o sendo estaremos perante um contrato de prestação de serviços.

Mas o legislador português prevê que a situação contratual de um trabalhador subordinado que seja designado para a função de um cargo dirigente, tem uma natureza de prática material, e o número 1, do artigo 1158 do CCP refere que o mandato se presume oneroso sempre que, *“tiver por objecto actos que o mandatário pratique por profissão”*, pelo que se induz que casos como estes *“podem ser enquadrados por um contrato de trabalho”*<sup>1374</sup>, ora, a autonomia e a dependência são factores essenciais do contrato de trabalho, e tendo em consideração a inserção do trabalhador na estrutura empresarial, consequentemente está sujeito ao poder disciplinar e ao poder sancionatório.

As consequências que advém da violação do dever de lealdade<sup>1375</sup> pelo trabalhador dirigente, e nomeadamente o dever de não concorrência e do aproveitamento indevido de conhecimentos empresariais, gera duas consequências, que pela interpretação do número 1, do artigo 72 do CSC, serão: a obrigação de indemnizar a entidade empregadora pelos prejuízos decorrentes dos actos praticados e a destituição do cargo que até aqui vinha desempenhando, o

<sup>1373</sup> Cfr. jurisprudência do TSJ Andalucía, Sevilla 16/03/2010, AS1540EDJ 76856; TSJ Navarra 05/11/2009, AS2682EDJ 290355; TSJ Madrid 26/06/2008, 08AS1778; TSJ Madrid 25/04/2006, AS2905EDJ 322214.

<sup>1374</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 53.

<sup>1375</sup> A sentença do TSJ da Andaluzia sob o 11/05/2012 de 29 de Março, bem refere que os deveres de lealdade, fidelidade e boa fé devem ser rigorosamente observados.



que, pelo menos de forma objectiva incorre em responsabilidade contratual<sup>1376</sup>, como aliás está previsto no artigo 799 do CCP.

Porventura que seja perceptível que os cargos dirigentes ou equiparados revestem-se de um evidente carácter fiduciário, de tal forma que pela sua própria natureza são exercidos pelos titulares de forma precária, estando subjacente sempre uma ideia de que a todo o tempo pode findar a comissão<sup>1377</sup>, por decisão de qualquer das partes no contrato.

Porém, existem situações em que os cargos de direcção possam estipular acessoriamente funções de administração, e nestes casos não estamos perante um contrato de trabalho, mas antes perante um contrato de mandato ou de prestação de serviço em regime liberal, mas mesmo nestas circunstâncias de modificação no conteúdo ou essencialidade, o dever de lealdade “*constitui uma parcela essencial e não apenas acessória da posição jurídica do trabalhador*”.<sup>1378</sup>

Apesar de que este contrato de trabalho especial suponha algumas excepções ao regime laboral comum devemos considerar que a presunção de assento laboral extravasa qualquer efeito restritivo no que concerne à boa fé que detém, e talvez, e é nossa convicção que neste tipo de relação jurídico-laboral o poder de direcção do empregador está imbuído dos mais profundos sinais de confiança, porque a existência de um poder fiscalizador persistente junto do trabalhador denotará que essa mesma confiança está “*ferida de morte*”, e a boa fé, enquanto núcleo central que une as partes não mais terá razão de persistir no tempo se o

<sup>1376</sup> Acórdão do STJ, de 24/6/1998, AD, 445, 112: “*I-A um trabalhador que exerce um elevado cargo, é exigível um mais exigente dever de obediência, respeito, lealdade e colaboração com a entidade patronal, decorrentes da sua qualificação, atribuições e responsabilidade. II- Constitui justa causa de despedimento um comportamento de repetido e arrogante afrontamento em relação aos membros do Conselho de Administração da empregadora*”.

<sup>1377</sup> Na jurisprudência, e no caso em apreço cfr.: Acórdão do TCP 306/2003, e refere: “*(...) Quanto aos trabalhadores que exerçam cargos de administração e de direcção, tem-se invocado, em defesa da tese da constitucionalidade, a admissibilidade do exercício dessas funções em regime de comissão de serviço, resolúvel por livre iniciativa de qualquer das partes. Porém, há que salientar, desde logo, que não há coincidência entre as suas previsões: só os cargos de direcção directamente dependentes da Administração é que actualmente podem (artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de Outubro) e no futuro poderão (artigo 161.º do Código do Trabalho) ser exercidos em comissão de serviço, e não todos os cargos de direcção. Depois, dir-se-á que nada justifica que o empregador, que, podendo fazê-lo, não preencheu os cargos de administração e de direcção directamente dependentes da Administração em regime de comissão de serviço, mas antes segundo o regime comum do contrato de trabalho subordinado, não deixe de estar vinculado a todos os aspectos deste regime comum, por ele aceite, designadamente quanto ao dever de reintegração dos trabalhadores ilicitamente despedidos. Por último, permita-se que remeta para as declarações de voto dos Exmos. Conselheiros Armindo Ribeiro Mendes e Antero Monteiro Diniz, apostas ao Acórdão n.º 64/91, onde proficientemente se evidencia que os trabalhadores dirigentes são trabalhadores por conta de outrem subordinados aos poderes de direcção e disciplinar da entidade patronal, não sendo meros prestadores de serviços ou profissionais liberais nem partes de um qualquer nebuloso contrato misto, pelo que nada justifica que quanto a eles não funcione plenamente a garantia do artigo 53.º da Constituição*”.

<sup>1378</sup> MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 190.

exercício de obrigações e direitos não continuarem a ser premissa que justifica a autonomia e a responsabilidade, porque desde uma perspectiva de hierarquia funcional, o desenvolvimento da actividade do trabalhador desenvolve-se com a independência participativa na gestão da estrutura empresarial.

Este trabalho de confiança não será um trabalho com características especiais, senão uma relação jurídico-laboral especial entre o empregador e o trabalhador, visto que o que está em causa são as funções que caracterizam esse mesmo desempenho, pelo que seja em que função for, a confiança é uma condição subjacente a qualquer contrato, é certo, que neste caso em particular com uma maior preponderância.

Os trabalhadores dirigentes estão sujeitos a um regime jurídico que lhes confere uma protecção bastante mais vulnerável comparativamente aos trabalhadores comuns, e tal factualidade resulta num “*travão*” à resolução unilateral<sup>1379</sup> por parte do empregador perante um despedimento com justa causa, ainda que a sanção *major* seja declarada legítima, não terá o trabalhador direito a qualquer indemnização, e sendo que as razões invocadas possam ser por um abuso de confiança ou deslealdade, não bastarão simples conjecturas, é necessário comprovar os motivos.

Poder-se-á aferir que não será o trabalhador enquanto pessoa, que determina que o cargo que ocupa seja considerado de confiança, mas é nossa crença que é a natureza do mesmo cargo que limita a condição laboral em causa, porém devemos ter como consideração acessória ao até aqui referido que se há uma confiança acrescida de um trabalhador que ocupe este cargo, essa confiança, ainda que não mensurável é pela ordem de grandeza que impõe devida aos seus subordinados hierárquicos.

Em traços largos, o pessoal dirigente distingue-se dos restantes por desfrutar de privilégios funcionais e remuneratórios, por ser destinatário de deveres mais intensos, por carecer de menor protecção e por implicar uma maior confiança por parte da entidade

---

<sup>1379</sup> Cfr. a sentença do TSE 149/2011, (Sala 1) de 3 de Março, que refere: “(...) *tratándose de un contrato de tracto sucesivo y celebrado intuitu personae cualquiera de las partes puede poner fin unilateralmente a la relación sin que se genere derecho a una indemnización por daños y perjuicios, siempre que se haya llevado a cabo tal resolución de acuerdo con los criterios de lealtad y buena fe; la exigencia de la buena fe en la denuncia unilateral ha sido puesta de manifiesto por la doctrina jurisprudencial en innumerables resoluciones, así baste citar la que ha mantenido que tanto en los supuestos de exclusividad como de duración sin limitación temporal, procede la resolución a cargo de cualquiera de las partes, pero no puede operar en forma abusiva, ni alejada del ámbito que marca y delimita la buena fe, pues los derechos del concesionario no pueden ser marginados y menos avasallados. Finalmente, la mantiene con rotundidad que la denuncia unilateral del contrato, no excluye en modo alguno las consecuencias indemnizatorias de tal incumplimiento y por representar desistimiento unilateral, que si bien resulta procedente, se lleva a cabo en forma arbitraria y en perjuicio de la parte colaboradora*”.

empregadora, e este último aspecto, que tem sido frequentemente invocado na jurisprudência<sup>1380</sup>, deve ser sublinhado: o trabalhador dirigente, como delegado da entidade empregadora, deve colocar-se perante esta, numa posição de lealdade e de confiança, cuja falta, a ocorrer, “*compromete com gravidade os canais hierárquicos da empresa*”<sup>1381</sup>, e a doutrina acentua que a estipulação em instrumentos laborais colectivos de regimes diferenciados para o pessoal dirigente, muito embora, por imperativos legais, tais instrumentos não tenham podido até agora estabelecer esquemas novos de cessação do contrato de trabalho, tais instrumentos colectivos dispõem que, “*sem quebra na estabilidade do emprego, as funções dirigentes sejam desempenhadas a título precário ou por um horizonte temporalmente limitado por trabalhadores não dirigentes, os quais, terminado esse período de direcção, regressam à posição base que detinham*”.<sup>1382</sup>

Sem prejuízo do estatuto laboral originário do pessoal afecto à prestação de cargos directivos, dos respectivos vínculos funcionais, bem assim como do seu complexo de direitos e deveres, têm estes trabalhadores, no estrito exercício das funções compreendidas neste âmbito um dever de respeito relativamente às decisões e orientações emanadas da estrutura directiva e executiva da empresa ou organismo.

A não comunicação de informações que possam afectar o resultado e a eficácia da actuação, bem como o fornecimento de informações falsas, inexactas ou exageradas, a recusa de colaboração e a demonstração de uma atitude de obstrução, são contrárias à lealdade esperada, de forma absoluta e não condicionada.

As contingências subjacentes a estes cargos traduz uma hierarquia de lealdade que se traduz numa essencialidade das funções desempenhadas, e que conduz inevitavelmente a uma extensão deste dever na sua própria vida privada, obrigando-os, mesmo para além do horário de trabalho, a uma conduta cautelar à função exercida.

## ***2. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de empregados domésticos***

O trabalho doméstico envolve determinadas conjunturas que estão subjacentes às variadas tarefas praticadas no domicílio da entidade empregadora, pois é um trabalho predominantemente feminino, que é sobretudo precário e pouco valorizado.

<sup>1380</sup> Cfr. Acórdão do TCP 84/91 de 11/04/1991, publicado do DR Série - A, 1º Suplemento.

<sup>1381</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 672.

<sup>1382</sup> *Ibidem*, pág. 673.

O apoio à vida privada das famílias tem denotado a um crescente aumento na procura deste tipo de profissionais e em que sobressaem principalmente as mulheres, que possuem qualificações baixas, são de rendimentos escassos e são frequentemente oriundas de países terceiros.

Esta problemática envolve para além de conceitos laborais que lhe estão inter-ligados, situações de depreciação e nem são consideradas como verdadeiras relações jurídico-laborais, e em Portugal, a própria definição atribuída pela Classificação Nacional de Profissões (CNP), e referente a esta categoria laboral, *empregada doméstica* -, é um dos poucos exemplos de categorias profissionais designados na forma feminina, o que por si só atesta bem o paradigma da divisão sexual existente, que estivesse, *empregados domésticos*, e tolerar-se-ia, mas vejamos outra circunstância também paradigmática.

A existência de um contrato especial de “*empregada doméstica*” ou “*empleada de hogar*” justifica-se? Questionamos nós.

Na nossa opinião tal conceptualização não será justificável, pois genericamente o preceituado nas normas legais que regulamentam este tipo de contrato especial, remete na sua índole laboral para o CTP e para o ETE, porém, tal circunstância não invalida que nos debrucemos no envolvimento da boa fé e da lealdade que mais sobressai nesta matéria.

O lar ou o domicílio, é habitualmente o espaço de relações afectivas, e que razão de parte, é totalmente alheio ao mundo laboral, pelo que e quando acolhe um trabalhador doméstico, envidará todos os esforços para que a interacção doméstica até aí existente não seja minimamente afectada, e é comum que essa relação seja exercida informalmente, comparativamente com outras actividades profissionais, e daí que a questão denote uma possível ambiguidade relacional pelo binómio informalidade e visibilidade.

O facto do trabalho doméstico ser desempenhado em agregados familiares e, por isso, originar relações profissionais com marcado carácter pessoal que postulam uma permanente confiança, que exige, a par da consideração da especificidade económica do agregado familiar, que o seu regime se continue a conformar como especial incidência em certas matérias, mantendo-se, por isso o quadro essencial da regulamentação actualmente em vigor por configurar as características inerentes ao serviço doméstico, embora com subsidiariedade dos instrumentos reguladores da protecção do trabalhador.

Nos termos do artigo 5, do Decreto Lei 235, de 24 de Outubro, (DL 235/92), o contrato de trabalho para prestação de serviço doméstico pode ser celebrado a termo por mera convenção das partes, desde que por período não superior a um ano, ou quando se verifique a

natureza transitória do trabalho a prestar, isto é, trata-se deste modo, de uma motivação específica e menos rigorosa do que as que são previstas no artigo 140 do CTP.

E o legislador previu precisamente que o contrato de trabalho doméstico seja um contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob a sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respectivos membros, sendo que as actividades a desempenhar são várias e incluem, por exemplo, a confecção de refeições, a lavagem e tratamento de roupas, limpeza e arrumo de casa, vigilância de crianças, pessoas idosas e doentes, serviços de jardinagem e costura.

Perante a cessação<sup>1383</sup> do contrato, o trabalhador tem direito a receber a retribuição e o subsídio correspondente ao período de férias proporcional ao tempo de serviço prestado no ano da cessação, no caso que o contrato cesse antes do gozo do período de férias vencido nesse ano, a receber a retribuição e o subsídio correspondente ao mesmo, sendo que, e por exemplo, perante uma violação grave do seu dever de cuidar devidamente do filho menor de idade do agregado, é legítimo concluir que estes perderam a confiança que tinham no trabalhador para poder continuar a cuidar e assistir o seu filho o que, considerando a natureza especial, impossibilita definitivamente a manutenção do contrato de serviço do doméstico, tornando intolerável a convivência familiar diária, consubstanciando por isso justa causa no despedimento efectuado.<sup>1384</sup>

O regime de trabalho do referido DL 235/92 apresenta-se como especial face ao regime do CTP pelo que, não estatuidando aquelas regras específicas quanto aos deveres dos trabalhadores, aplicar-se-á subsidiariamente as da legislação laboral comum, e apesar de que, o despedimento promovido pelo empregador não esteja sujeito ao cumprimento da formalidade de instauração de prévio procedimento disciplinar, conforme a citada disposição legal e que se encontra reforçada pela alínea a), do artigo 381 do CTP, de facto o legislador considerou que se não é exigível, atendendo às características especiais do contrato de trabalho de serviço doméstico, a instauração de processo disciplinar, devem ser indicados por escrito, os motivos que integram a justa causa, e de outra forma entende-se que assim seja pois sem a referência expressa aos motivos que sustentam o despedimento com invocação de justa causa, o trabalhador ficaria impossibilitado de os impugnar judicialmente, tal como se infere

<sup>1383</sup> Cfr. Acórdão do TRL n.º 3310/06, sob OTTLSB.L1-4, de 01/06/2011.

<sup>1384</sup> Cfr. Acórdão do TRL n.º 4551/2008-4 de 01/10/2008.

do número 1, do artigo 31 do DL 235/92, como se conclui, e como exemplo a jurisprudência que o sustenta.<sup>1385</sup>

O contrato de serviço doméstico pode ser rescindido por justa causa<sup>1386</sup>, considerando-se como tal a verificação de qualquer facto ou circunstância que impossibilite a manutenção do mesmo, atendendo à relação entre as partes, nomeadamente pela natureza dos laços de convivência do trabalhador com o agregado familiar a que presta serviço, como seja a negligência devida pelo desinteresse repetido pelo cumprimento das tarefas que lhe estão delineadas, lesão dos interesses patrimoniais da entidade empregadora ou do agregado familiar e pessoas da relação do próprio agregado familiar, e ainda entre os deveres mais prementes a manifesta falta de urbanidade e probidade perante o empregador ou das pessoas com quem este se relacione, sendo que ao empregador e ao trabalhador, devem o cumprimento do dever de sigilo<sup>1387</sup> sob os assuntos privados do trabalhador, ou seja, está implícito no DL 235/92 uma total reciprocidade de deveres, sendo que, e se persistir uma lacuna legislativa remete para o CTP.

Ainda que aconteça invocação de justa causa, é o legislador que expressamente no preâmbulo do diploma, afirma o alcance necessário que este regime de trabalho continue especial em certas matérias, prevendo-se as formas da cessação da relação laboral, nomeadamente a rescisão com invocação de justa causa, prevista no artigo 29 do DL 235/92, de onde se distinguem, quanto a esta matéria, a condição especial de não se poder exigir processo disciplinar, conforme resulta do número 3 do artigo 29, e a circunstância de que mesmo que judicialmente venha a ser declarada infundada a alegação de justa causa para o despedimento a reintegração do trabalhador só possa acontecer por acordo, nos termos indicados no artigo 31.

Ante um despedimento com justa causa, a jurisprudência portuguesa tem como regra a ponderação da admissibilidade de um eventual despedimento, desde que haja motivações ponderáveis para que tal possa acontecer, ou seja, desde que haja infracção culposa por parte do trabalhador<sup>1388</sup>, sendo que a desobediência às ordens da entidade empregadora corresponde

<sup>1385</sup> Cfr. Acórdão do TRP de 21/02/2011.

<sup>1386</sup> Cfr. Acórdão a TRP de 15/12/2003, CJ, 2003, V, 243.

<sup>1387</sup> Cfr. al. j), do artigo 30 e artigo 32: “*Quebra de sigilo sobre qualquer assunto de que tenha conhecimento em virtude da convivência decorrente (...) cuja revelação possa resultar prejuízo para a honra, bom nome ou património do agregado familiar*”.

<sup>1388</sup> A jurisprudência tem acentuado o relevo da violação do dever de lealdade para efeitos da configuração da situação de justa causa - entre muitos outros, Acórdão TRL de 12/01/2005, CJ, 2005, I, 145.

à violação dos deveres gerais proclamados no artigo 128 do CTP, e entre eles o dever de obediência.<sup>1389</sup>

Ou seja, o contrato de serviço doméstico configura-se como um contrato de trabalho com regime especial, pelo que as regras gerais do CTP apenas lhe são aplicáveis quando não sejam incompatíveis com a especificidade deste contrato, tendo porém o legislador o cuidado de ter a intenção de criar este regime especial para este tipo de trabalho em virtude de o mesmo ser prestado a agregados familiares e por via disso *gerar relações profissionais com acentuado carácter pessoal que postulam um permanente clima de confiança, que exige, a par da consideração da especificidade económica daqueles*, e que o seu regime se continue a configurar como especial em certas matérias.

Pelo que tem vindo a ser exposto trata-se de um contrato de trabalho pela presença dos respectivos elementos essenciais, ou seja, a existência de pessoalidade, que “*através da fideducia*” é relevante, bem como o acesso do trabalhador à “*intimidade da vida privada e familiar do empregador o que justifica uma tutela acrescida do próprio empregador*”.<sup>1390</sup>

O dever de boa fé impõe-se desta forma ao trabalhador e ao empregador, devendo-se as partes abster de quaisquer actos que possam prejudicar a relação de lealdade existente e por força da alínea f), do número 2, do artigo 128 do CTP, e serão essas obrigações mais imperiosas quanto mais estreitas sejam as relações pessoais existentes entre as partes.

A legislação espanhola prevê através da alínea b), do número 1, do artigo 2 do ETE, o que se considera relação laboral de carácter especial do serviço “*del hogar familiar*”, e pelo RD 1620/2011, de 14 de Novembro<sup>1391</sup>, deu cumprimento a tal mandato tendo em consideração a necessidade de conciliação das condições de trabalho dos trabalhadores domésticos aos restantes trabalhadores, ponderadas que estão as peculiaridades que advém do

<sup>1389</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 30/06/1993, ADSTA, 382, 1993, 1077 e ss., a desobediência “*pressupõe a vontade deliberada de incumprimento das ordens dadas*”. Assim, é necessário que se trate de genuína desobediência. Não se deve confundir com desobediência, a atitude do trabalhador que não executou imediatamente a ordem por ter colocado objecções técnicas ou que se recusou a cumpri-la por saber ser tecnicamente errada podendo ter como consequência prejuízos graves (contudo, nestes casos haveria aqui um conflito de deveres já que o dever de obediência do trabalhador colidiria com o seu dever de zelo e de custódia pelos bens que lhe foram confiados pelo empregador (art. 128.º, n.º 1, al. g)), neste sentido, Acórdão TRP de 24/09/2007, Proc.0712641.dgsi.Net. Também não constitui desobediência a inobservância de ordens menos claras do empregador, cfr. Acórdão TRL de 15/03/2000, CJ, 2006, II, 162-164.

<sup>1390</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra 2006, pág.311, citando em especial neste ponto, FRAÚSTO DA SILVA, *Serviço Doméstico, intimidade e despedimento*, págs. 215 e ss.

<sup>1391</sup> Revogado que foi o RD 1424/1985 de 1 de Agosto, e substituído pelo R.D. 1620/2011, de 14 de Novembro, pelo qual se regula a relação laboral de carácter especial do serviço doméstico familiar (BOE de 17 Novembro), de 18 de Novembro de 2011, sendo que não alterou o conteúdo anterior, em matéria relevante para este estudo, e que a partir de 01 de Janeiro de 2012, em Espanha passou a vigorar a nova lei para os empregados domésticos.

facto da actividade ser prestada no âmbito do agregado familiar, isto é, não são os países em estudo muito divergentes no âmbito normativo genérico.

O preceituado no ETE considera a relação laboral especial o serviço doméstico em que convergem o empregador e o prestador que, dependente e por conta do empregador exerce uma função retribuída no âmbito do agregado familiar, e por sua vez, o número 1, do artigo 3 do RD 1620/11, entende que o titular do agregado familiar é não só aquele que é titular do domicílio, bem como aquele que ocupa o lugar de residência, ou seja, o lugar da prestação e o carácter pessoal da relação, são elementos fiduciários ou de confiança que relevam o conteúdo obrigacional das partes, o que subjaz que a relação esteja abrangida pelo conteúdo da boa fé e no dever de lealdade, bem como o sigilo que une o empregador e o trabalhador serem “*condicio sine qua non*” para que da relação profissional derivem aspectos pessoais próprios da intimidade das partes, isto é, teremos desta forma uma actividade laboral que reúne os pressupostos de uma dignidade obrigacional pelo respeito dos direitos, que neste âmbito surgem reforçados.

O legislador espanhol previu através do número 3, do artigo 10 do RD 1620/11, que perante um despedimento com justa causa ou pela desistência objectiva do empregador, manter as necessidades contratuais, e em caso do trabalhador ter a residência no local da trabalho, não poderá unilateralmente determinar a cessação do contrato, num período específico, a não ser que por uma situação “*motivada por uma falta muito grave dos deveres de lealdade e confiança*”, o que dá um acento relevante à reciprocidade da boa fé entre as partes, mas sobretudo ao cumprimento do dever de lealdade por parte do trabalhador, sendo que é nossa convicção que a aplicação da desistência preceituada neste artigo, mais não é que um despedimento, pois perante esta factualidade não será necessária a respectiva alegação da justa causa de despedimento.

Considerando o número 1, *in fine*, do artigo 1 do RD 1620/11, mesmo existindo uma falta muito grave dos deveres de lealdade e confiança, que motive a extinção do contrato, e tendo expressado essa sua motivação por carta, e exprimido a causa por uma transgressão da boa fé contratual, não nos parece que traga consequências de maior para o empregador, para além de ter que ressarcir o trabalhador, haja ou não procedência do despedimento, isto é, o preceituado através deste artigo pode estabelecer equívocos, pois limita uma temporalidade da permanência do trabalhador no local que até aí lhe servia de residência, a não ser que tenha havido uma quebra acentuada e grave de lealdade e confiança.



Apesar de não subsistir qualquer tipo de dúvida quanto ao despedimento com justa causa, a “*desistência do empregador*”, pode de facto induzir interpretações dispersas e com um figurino interpretativo diverso, pois a norma não configura uma alegação objectiva para essa motivação.

A jurisprudência<sup>1392</sup> vem assinalando que uma das características que consolida esta relação laboral está envolvida de dependência e subordinação jurídica, e que na realidade, e perante esta relação é criado um círculo de intimidade entre o trabalhador e o agregado familiar da qual impende um vínculo de confiança e lealdade bastante consistente, e daí que o carácter de pessoalidade inerente a este contrato faça supor um reforço da consistência que advém da conduta e confiança, respeito e sigilo, que implica uma discrição na forma de actuar do trabalhador, e lhe imponha a obrigação de não divulgar informações que possam colocar em causa a intimidade e privacidade do agregado familiar.<sup>1393</sup>

Tendo em consideração os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico espanhol que regulamenta esta matéria, é a prática comum aos trabalhadores sujeitos ao regime previsto no ETE, e talvez o aspecto mais relevante se traduza no caso de extinção do posto de trabalho, em que o empregador pode denunciar o contrato sem qualquer motivação alegatória.

Ou seja, a aproximação ao ETE é recolhida através da aplicação dos direitos e deveres proclamados nos artigos 4 e 5 do ETE, tal como é enunciado no artigo 7 do R.D. 1620/11, de 14 de Novembro, em que é referido que o trabalhador terá os mesmos direitos e deveres previstos no ETE, e que em caso da vontade unilateral do empregador denunciar o contrato, de o mesmo fundamentar explicitamente as razões que determinam tal atitude, isto é, não bastam as razões aleatórias e injustificadas, é necessária a motivação, e neste caso salvaguarda-se as razões atinentes a tal denúncia, pelo que pode o trabalhador, em sede própria alegar pelo contraditório a mensurabilidade ou não do desvio que determinou o preceito subjacente à relação laboral.

Assim, esta breve análise sobre o contrato de trabalho doméstico supõe a existência de um dever de lealdade acrescido na prossecução da relação jurídica e com obediência às legítimas instruções que recebe do empregador, bem como este, tem o dever de proteger a vida e a integridade física e psíquica do trabalhador, que deve actuar no sentido da produtividade e perante os interesses económicos do agregado familiar.

<sup>1392</sup> Cfr. STS de 5 de Junho de 2002, Ar.8133.

<sup>1393</sup> Cfr. STC de 115/2000 de 5 de Maio.

### 3. O dever de lealdade nos contratos de trabalho dos representantes comerciais

Iniciaremos este *item* com uma referência deveras importante para uma melhor compreensão do tema, pois é assaz reflectir que o conceito caracterizador de um “representante de comércio” ou “*representante comercial*”, é uma categoria híbrida na caracterização legislativa-profissional dos dois países ibéricos, isto é, a transposição da Directiva 86/653/CEE permitiu a adaptação terminológica das normas de direito interno, e daí que tenhamos, ainda que de uma forma breve aludir às implicações que essas mesmas adaptações assumiram.

Tenhamos como anotação prévia que o representante de comércio ou o agente de comércio são colaboradores de uma determinada estrutura empresarial, sendo que a actividade que desempenha cada um deles é aplicável um regime jurídico diferenciado, ou seja, ao representante aplicar-se-á a normativa laboral, e ao agente a normativa comercial, e quanto a esta matéria, que parece de certo modo pacífica, encontramos traços comuns entre os dois, o que pode resultar numa pacificação comparativa enquanto regimes especiais das relações laborais.

No âmbito subjectivo de aplicação, o representante de comércio está definido na alínea f), do número 1, do artigo 2 do ETE, e indirectamente por exclusão da alínea f), do número 3, do artigo 1 do ETE, que e entretanto pela adaptação ao direito interno espanhol devido à *supra* aludida Directiva, foi objecto de desenvolvimento através do RD 1438/1985 de 1 de Agosto, e que veio a regular o carácter especial da referida categoria profissional.

Portugal, em virtude da referida transposição comunitária implementou pelo Decreto-lei 178/86, de 3 de Julho, (e actualizado pelo Decreto-lei 118/93, de 13 de Abril, que sob a matéria a tratar não é relevante qualquer citação), que inicia no ponto 4, do preâmbulo da seguinte forma: “(...) ou ‘*representação económica*’, (...) e o agente é independente e actua com autonomia, sendo remunerado em função dos resultados que vier a obter”, estipulando que as partes se devem ao cumprimento da obrigação de promover a celebração de contratos, competindo-lhes agir numa conduta predominante dos negócios jurídicos bilaterais, autonomamente e mediante retribuição.<sup>1394</sup>

<sup>1394</sup> A retribuição é um elemento fundamental do contrato de trabalho e dispõe o artigo 10 do CTP que: “*contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, sob a autoridade e direcção destas*”. Daqui se colhe que a actividade laboral quando exercida de modo gratuito, não pode ser objecto de um contrato de trabalho, ou seja, a retribuição é elemento caracterizador do contrato de trabalho e constitui a obrigação principal do empregador, daquele ou daqueles que beneficiam do trabalho. A retribuição é à luz do espírito da lei, um elemento que une as partes no contrato de

Ora o legislador português considera que o agente é *independente e actua com autonomia*, porém, não esqueçamos que o CTP através do artigo 116 infere que o trabalhador, estando sujeito à autoridade e direcção do empregador, jamais pode ser prejudicado quanto à sua independência e autonomia técnica, ou seja, o DL 118/93, permite a celebração de contratos atípicos, onde se incluem o contrato de agência e o “*contrato de representação comercial*”, pelo que e não havendo uma caracterização normativa e específica de “*representação comercial*” como se traduz pela análise do RD 1438/1985, é nossa convicção que existem afinidades entre o contrato de agência e o contrato de trabalho, quanto mais não seja quanto à estabilidade, à defesa dos interesses da outra parte, e a actividade desenvolvida, pelo que a atitude do legislador português ao “*dignificar*” o contrato de agência, nem por isso se poderá aplicar o regime legal de agência, porque apesar de ostentarem a categoria de “*agentes*”, não são mais que trabalhadores, “*ligados por um contrato de trabalho*”<sup>1395</sup>, ainda que possam gozar de uma relativa autonomia e exerçam com alguma estabilidade uma “*actividade de promoção negocial*”<sup>1396</sup>, e apesar de não ser pacífico, comungamos a simpatia por “*uma situação laboral*”<sup>1397</sup> como aliás pretendemos conectar pelos deveres das partes.

Pelo que as características, e perante a lei portuguesa, se possa estabelecer o paralelismo de que o “*Contrato de Agência*” ou “*Representação Comercial*” é perfeitamente indistinto “*lato sensu*”, ao contrário do que, preliminarmente, se conclui da legislação espanhola, razão pela qual estão estes institutos plasmados através do RD 1438/1985, e da Lei 12/1992<sup>1398</sup> de 27 de Maio.

Porém, existem diferenças na atitude comportamental dos trabalhadores, sendo que a principal diferença consiste no facto de que no contrato de trabalho, radica que no contrato de agência, o agente desenvolve e organiza a sua actividade com um critério autónomo, o que é razão dogmática para o colocar fora da esfera da subordinação jurídica do principal, considerado que seja como empregador, e como tal fora do âmbito laboral, contudo, e ainda

---

trabalho, criando um nexo entre a prestação do trabalho e a sua recepção, aparecendo como corresponsivo ou contraprestação pelo trabalho realizado.

A retribuição não é o corresponsivo pelo trabalho realizado, é antes a contraprestação a que está obrigado o empregador pela disponibilidade do trabalhador. De certo modo o raciocínio estará correcto, pois que “*(...) o trabalhador é retribuído independentemente do trabalho que realiza, ele é remunerado pelo trabalho que realiza em função da autoridade e da direcção e interesse do empregador, pelo que a contraprestação deste, funda-se mais na disponibilidade do trabalhador, do que propriamente no seu trabalho efectivo*”, cfr. MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, 11ª. Ed., Almedina, Coimbra, págs. 417 e ss.

<sup>1395</sup> PINTO MONTEIRO, A.: *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 105.

<sup>1396</sup> PINTO MONTEIRO, A.: *Contrato de Agência. Anotação ao Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, Coimbra, 4ª Ed., 2000, pág. 105.

<sup>1397</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 215.

<sup>1398</sup> Sobre o Contrato de Agência.

assim o trabalhador está sujeito a requisitos elementares, e o que denota o maior índice da boa fé contratual é o facto do dever de protecção de informações consideradas confidenciais no âmbito comercial, protegidas que estão juridicamente, e desta forma vincula-se num contexto de confidencialidade porque a informação que detém pressupõe um dever de segredo inerente à relação jurídica que mantém.

E considere-se por exemplo a listagem de clientes que possui, o “*chek-list*” de produtos a comercializar, informações financeiras, ou outro tipo de informações da empresa que é considerada fundamental em termos competitivos, ou seja, o trabalhador tem um dever de lealdade sobreponível à relação contratual que advém do contrato de agência.

A lealdade é um corolário associado à participação e, impulsiona-a com o objectivo de um contributo ao êxito global do empregador fomentando desta forma um sentimento de integração na empresa e promovendo um maior grau de confiança.

A relação laboral especial exposta pelo RD 1438/1985, estabelece que na aplicação das relações pessoais, e seja sob a actuação de um mediador, representante, principal, ou qualquer outra designação com que se identifique, obriga o trabalhador a promover e a assumir os riscos das operações mercantis onde esteja envolvido, ou que releva a condição de subalternidade que o compromisso contratual atribui.

A boa fé nesta tipologia contratual é assinalada pela jurisprudência<sup>1399</sup> com relevo no sentido ético, evidenciando no âmbito da prossecução da relação jurídica que devem as partes agir com diligência, zelo e lealdade correspondente aos legítimos interesses da contraparte, e que mais não que ter uma conduta honesta e consciente, um rumo de correcção e probidade de forma a não prejudicar os legítimos interesses dos intervenientes e não proceder de modo a alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar.

Do DL 178/86 merece especial destaque, quer pela sua especificidade, quer pela frequência com que têm sido aplicadas a figuras afins ao contrato de agência, os artigos 28 e 29, por meio dos quais se atribui, a qualquer das partes, uma indemnização pela eventual falta de pré-aviso da denúncia do contrato pela contraparte, bem como os artigos 33 e 34 do mesmo diploma, por meio dos quais se atribui ao agente<sup>1400</sup> o direito a uma indemnização de clientela após a cessação do contrato.

<sup>1399</sup> Acórdão do TRL, Proc. 0013051, de 11/07/1996, Proc. 0013051; Acórdão do TRL, Proc. 0028206, de 16/05/1991.

<sup>1400</sup> Reafirmamos que, e sempre que nos referimos a “*agente*”, está pela inerência interpretativa, implicitamente a figura contratual do “*representante comercial*”, e arbitrariamente utilizaremos pela leitura da legislação portuguesa, qualquer uma das designações.

O primeiro dos referidos institutos corresponde a uma manifestação dos princípios gerais da boa fé e da proibição do abuso do direito, aplicáveis a todos os tipos contratuais e não apenas ao contrato de agência, para que a outra parte se possa precaver face aos possíveis incómodos resultantes da cessação do contrato, princípios que impõem sempre um certo pré-aviso de denúncia, ainda que do regime contratual legal ou convencional não resulte a necessidade de respeitar determinado prazo para a produção do efeito extintivo da denúncia<sup>1401</sup>, e que por sua vez, o segundo dos referidos institutos corresponde a uma figura singular do ordenamento jurídico português, não se conhecendo qualquer outra situação em que a lei atribua a uma das partes, após a cessação do contrato, o direito a uma compensação pela actividade desenvolvida na pendência do mesmo, independentemente da existência, e da prova -, de quaisquer danos, e poder-se-á dizer, que esta compensação tem também um claro intuito de protecção do agente, o que explica a sua imperatividade, ou melhor, a impossibilidade de uma renúncia prévia à mesma por parte do agente, e tal decorre quer do artigo 19 da Directiva 86/653/CEE em que se prevê esta indemnização de clientela, que *“as partes não podem, antes da cessação do contrato, derrogar o disposto nos artigos 17 e 18 em prejuízo do agente comercial”*, quer do facto de o artigo 33 do DL 178/86 ser uma norma na qual se manifesta a ordem pública de protecção.

Todavia, importa notar que tal imperatividade em nada altera a função compensatória que a indemnização de clientela tem, nem tão pouco lhe confere uma função de previdência ou assistência social, até porque se assim não fosse, nunca poderia esta indemnização ser atribuída, como aliás pode quando o agente é uma sociedade comercial economicamente potente.

O agente ou representante comercial, exercem a sua actividade com autonomia, a qual não pode ser limitada e tal como prevê a alínea a), do artigo 7 do DL 178/86, e que refere que é obrigado a respeitar as instruções da outra parte que não *“ponham em causa a sua autonomia”*; e nesta matéria de uma eventual incompatibilidade com a existência de um contrato de trabalho, temos uma opinião contrária de alguma doutrina.<sup>1402</sup>

<sup>1401</sup> ROMANO MARTÍNEZ, P.: *Da Cessação do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 113-117.

<sup>1402</sup> VIEIRA CARLA, I.: *Guia Prático de Direito Comercial*. Almedina, Coimbra, 2007, pág. 217. A autora refere que: *“(...) a relação jurídico-laboral pode pressupor a subordinação técnica, que consiste no dever de o trabalhador acatar todas as instruções dimanadas da sua entidade patronal respeitantes aos métodos de trabalho, procedimentos e práticas”*. Temos uma opinião divergente, pela circunstância de que o CTP prevê no já aludido artigo 116 que perante a sujeição e autoridade (subordinação jurídica), o trabalhador manterá a sua autonomia, ou seja, funciona como limite ao dever de obediência do trabalhador e que decorre da subordinação como critério delimitador do contrato de trabalho em relação a figuras afins.

O dever de manter segredo, ou seja uma obrigação de lealdade para com o interesse empresarial do empregador<sup>1403</sup>, deve o representante abster-se de utilizar ou comunicar segredos do estabelecimento representado e conhecidos pelo exercício da função desempenhada, o que e apesar da autonomia, o artigo 8 determina uma obrigação, e ainda proclama que não poderá concorrer com a sua representada, seja durante o vínculo, seja durante um determinado período após a cessação do contrato, a não ser que tenha ficado previsto no contrato uma cláusula de salvaguarda, expressa ou escrita, pelo que se obriga ao dever de não concorrência como decorre do artigo 9.

O texto da lei tipifica fundamentalmente a prossecução de objectivos onde se salienta a especial atenção conferida à retribuição do representante comercial e aos seus direitos após a cessação do contrato, uma transparência interpessoal e profissional a nível da estrutura empresarial e a defesa terceiros intervenientes nos negócios agenciados, sobretudo em de questões relacionadas com a denominada “*representação aparente*” prevista no artigo 23 do DL 178/86, a qual se traduz numa manifestação do princípio, de carácter geral a todo o ordenamento jurídico, da tutela da confiança de terceiros de boa fé.

A noção legal do contrato de agência ou de representação comercial, conferida pelo artigo 1, corresponde à essência da própria figura cujos contornos se vêm explanando *supra*, salientando-se em particular que a lei impõe ao agente uma especial obrigação de empenho e diligência ao fixar-lhe o dever de “*zelar pelos interesses do principal, desenvolvendo as actividades adequadas à realização plena do fim contratual*”, conforme o artigo 6 do DL 178/86.

Ou seja, à entidade empregadora assiste o poder de orientar a actividade exercida pelo trabalhador subordinado, quando mais não seja no tocante ao lugar e ao modo da sua prestação, contudo, atente-se que o agente, principalmente em regime de exclusividade -, acaba forçosamente por integrar-se na estrutura ou estratégia empresarial do principal, que é de facto o empregador, e como tal a autonomia do representante tem uma salvaguarda de prestação contratual, tem uma estabilidade do vínculo<sup>1404</sup> de maneira à realização da

<sup>1403</sup> No contrato de agência o empregador é denominado “*Principal*”.

<sup>1404</sup> MENEZES LEITÃO, L.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 127; trata-se duma prestação continuada na medida em que a conduta a desenvolver pelo obrigado à sua realização se prolonga no tempo, mais ou menos longo, e o que caracteriza esta modalidade de prestação pelo facto da sua realização global depender sempre de um período temporal, durante o qual tal prestação não sofre qualquer interrupção, e - aqui se diferenciando das prestações duradouras periódicas -, em que a prestação é sucessivamente repetida em certos períodos de tempo.

promoção comercial continuada, e direito à competente retribuição.<sup>1405</sup>

Deve o representante comercial cumprir as instruções transmitidas pelo principal que não atinjam a sua autonomia, bem como transmitir os elementos pertinentes sobre a solvabilidade dos clientes, numa total e absoluta de lealdade para com o empregador, e a obrigação de sigilo quanto aos “*segredos*” de que teve conhecimento no exercício da sua actividade de representante, e durante a vigência do contrato, impõe-se a obrigação de não concorrência com a actividade do principal, e trata-se da vinculação a uma obrigação de *non facere* que radica fundamentalmente no comando geral consignado no artigo 6, onde se impõe o dever principal de zelar pelos interesses do principal.

Chegados a este ponto, o legislador português não considerou este regime contratual como uma forma de relação laboral especial<sup>1406</sup>, contudo a relação vinculativa implícita da boa fé enquanto comportamento para obtenção plena contratual, está perfeitamente identificada pelos artigos 6 e 12, assim como e acessoriamente pelo dever de lealdade para com o principal na prossecução dos interesses comuns,

O legislador espanhol e na senda da Directiva 86/653/CEE, e através do RD 1438/1985, caracteriza o representante comercial como o profissional que realiza a sua actividade na sequência das instruções do empregador, sendo que as pratica fora do âmbito organizativo e sem sujeição ao cumprimento de um horário definido, tendo que, e por este efeito presumir uma relação laboral especial, ou seja, o representante comercial é um profissional que se pode obrigar com um ou mais empregadores, e a troco de uma retribuição, promover ou concretizar operações comerciais por conta própria, sem que sejam responsáveis pelos riscos que possam daí resultar.

A relação laboral de um representante de comércio goza dos mesmos privilégios em termos de direitos e obrigações que possam derivar de uma relação laboral de carácter geral, devendo cumprir algumas obrigações, entre as quais, desenvolver a sua actividade de forma correcta, evitando uma qualquer atitude que possa evidenciar concorrência desleal, tal como refere a alínea b), do artigo 9, ou que possa prejudicar o prestígio do empregador, e ainda, entre outras, tem o dever de honestidade e urbanidade na entrega dos valores resultantes das transacção efectuadas, ou seja, o dever de boa fé persiste nesta relação.

<sup>1405</sup> O que conduz a caracterizar o conceito subjacente do DL 178/86, como um negócio oneroso, sinalagmático, e que acarreta atribuições e sacrifícios patrimoniais para ambas as partes, sendo que não é admissível no nosso ordenamento jurídico um contrato de agência típico gratuito, sendo comum uma retribuição fixa mais uma retribuição variável, ou somente variável (comissões).

<sup>1406</sup> O CTP não faz qualquer alusão a este regime, sendo todavia regulado pela lei comercial e pelo DL 178/86.

No exercício da sua actividade profissional deve o representante comercial actuar lealmente de forma a zelar pelos interesses do empregador, ou empregadores se for o caso, e tendo esta relação um carácter especial, ao contrário da relação laboral ordinária proclamada pelo ETE, não está o representante sujeito ao horário laboral da empresa em virtude de se desenvolver fora da estrutura empresarial, o que lhe confere uma grau de independência importante.

A extinção do contrato é remetida pelo artigo 10, para os artigos 49 e ss. do ETE, motivada que seja, pelo incumprimento do dever de lealdade a que está sujeito o trabalhador.

Aqui chegados, e pese embora as diferenças existentes entre as legislações, e não havendo dúvida sobre a destrição que as normas espanholas estabelecem, a susceptibilidade da norma portuguesa configurar uma tipologia jurídica-laboral constitui um embaraço dadas as diferenças do contrato de agência comercial e o contrato de trabalho especial, e daí haver relações laborais especiais, porque se são especiais é porque não são ordinárias, e como tal são atípicas.

Todavia, esta nossa breve incursão ao conceito de agência repercute uma faceta coincidente com a prestação laboral, pois exprime que o representante enquanto pessoa, desempenha uma actividade, recebe uma retribuição e tem subordinação, com autonomia é certo, porém, os indícios que se estabelecem como orientadores da subordinação apesar de genéricos que não permitem visualizar uma forma diferenciadora das situações clássicas previstas no CTP, e a eventual prestação em exclusividade para um só empregador, constitui em nossa opinião um forte indicio da laboralidade que lhe está subjacente, para além da mais que provada actuação subordinada ao poder directivo do empregador.

De qualquer forma, não subsistem dúvidas que na legislação espanhola as razões vinculativas que não estejam previstas no RD 1438/1985, são remetidas para o ETE com todas as consequências de reciprocidade no conteúdo do dever de lealdade, ao passo que o legislador português junta um “*mix*” normativo de certa forma híbrido, o que não coloca em causa a lealdade recíproca a que estão sujeitas as partes, sem contudo prever uma forma especial de contrato de trabalho e logo sem remissão para o CTP.

#### ***4. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de desportistas profissionais***

Iniciemos este *item*, com uma questão polémica, ou seja, para se ser um desportista profissional será necessário um contrato de trabalho desportivo com alguma entidade?



Parece-nos que não merece liminarmente uma resposta afirmativa, porque o conceito de desportista profissional não se limita apenas àqueles que praticam um desporto mediante um contrato de trabalho, pois existem desportistas que se dedicam exclusivamente à prática desportiva e conseguem “viver economicamente” sem que no entanto, estejam obrigados através de uma relação jurídico-laboral a uma entidade desportiva através de um contrato de trabalho, isto é, trabalhando autonomamente<sup>1407</sup>, mas não é nesse âmbito que nos iremos pronunciar.

Podemos seguir desde já o preceito perfeitamente estabilizado e consentâneo que, “o profissional não joga, trabalha”<sup>1408</sup>, e será nessa perspectiva que procederemos à análise que nos move.

A Lei 28/98, de 26 de Junho, foi alterada pela Lei 114/99 de 3 de Agosto, e procede à regulamentação do praticante desportivo profissional como “aquele que através de contrato de trabalho desportivo e após a necessária formação técnico-profissional, pratica uma modalidade desportiva como profissão exclusiva ou principal<sup>1409/1410</sup>, auferindo por via dela uma retribuição”, conforme a alínea b), do artigo 2 da referida lei.

Certo é que o praticante desportivo profissional para o ser necessita de celebrar um contrato de trabalho desportivo<sup>1411</sup>, independentemente da sua actividade desportiva se desenrolar numa competição que esteja ou não reconhecida como profissional.

<sup>1407</sup> SÁNCHEZ RUBIO, F.: *El Contrato de Trabajo de los Deportistas Profesionales*, Ed. Dykinson, S. L., 2002, pág 77.

<sup>1408</sup> Citação de CARRO CARDENAL, M.: in *Revista del Ministerio de Trabajo y Inmigración*, n. 83, pág. 125, “El deportista profesional no juega, a diferencia del aficionado, sino que trabaja, no práctica el deporte por afición, sino que ofrece y presta sus servicios a un empresario mediante un salario” (ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 1978, pág. 57).

<sup>1409</sup> Não deixa de ser extremamente curioso que já em 1950, BASTOS PEREIRA, J.: *Desporto Profissional*, Direcção-Geral dos Desportos, 1986, págs. 64-65, apadrinhava este critério de actividade principal ou exclusiva para caracterizar o praticante profissional e fê-lo da seguinte forma: *É juridicamente considerado desportista profissional aquele que faz do exercício do desporto, como exibição pública, o seu principal ou exclusivo modo de vida, auferindo dele os meios necessários ao seu provento e melhoramento da sua condição, ficando sujeito às ordens, direcção e fiscalização de uma pessoa singular ou colectiva.*

<sup>1410</sup> AMADO LEAL, J.: *Vinculação versus Liberdade – O Processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, 2002, págs. 48-51. Este autor aprecia que em rigor, o nosso legislador não tem razão e que a noção de praticante desportivo ínsita na Lei 28/98 lhe suscita algumas reservas quanto aos seus méritos e bastantes dúvidas quanto à sua serventia, centrando a questão, no que para efeitos das leis do trabalho interessa, à existência ou não do contrato de trabalho, ou seja ao exercício da actividade mediante retribuição e em regime de subordinação jurídica. Nas palavras do autor “se não há subordinação jurídica, ele não é um trabalhador por conta de outrem; se não há retribuição, ele não é um profissional. Se ambas existem, pouco interessa saber se essa é a sua profissão exclusiva, principal ou secundária – em qualquer caso, ser-lhe-á aplicável a Lei n.º 28/98”. Porém, o autor admite que o dever de o praticante resguardar e preservar as condições físicas que lhe permitam participar na competição desportiva nas melhores condições, é susceptível de condicionar a prestação de outras actividades profissionais, sob pena de violação desse mesmo dever.

<sup>1411</sup> Esta é a perspectiva legalista que vigora entre nós, e segundo a alínea b), do artigo 2, da Lei 28/98, entende-se por praticante desportivo profissional aquele que, através de contrato de trabalho desportivo e após a

Donde, a dúvida muito suscitada nos meandros desportivos será de como é possível existirem atletas profissionais nas modalidades ditas não profissionais e que é clarificada através da diferenciação que devemos fazer entre o estatuto jurídico-desportivo e o estatuto jurídico-laboral do praticante desportivo, independentemente da sua actividade desportiva se desenrolar numa competição que esteja ou não reconhecida como profissional.

É que ambos tanto podem convergir como divergir, basta, como metaforicamente alude a doutrina portuguesa, ou seja, o rótulo não corresponde ao conteúdo<sup>1412</sup>, isto é, quando nos referimos ao estatuto jurídico-desportivo do praticante e o definimos como profissional ou não profissional, fazemo-lo tendo como referência a qualificação que a actividade competitiva do atleta tem no momento, se está reconhecida como profissional ou não, e não atendendo ao seu estatuto jurídico-laboral que apenas depende da existência ou não de um contrato de trabalho entre as partes.

Assim, por exemplo um praticante desportivo de maratona tem um estatuto jurídico-desportivo de não profissional e pode muito bem ter um estatuto jurídico-laboral de profissional, assim como um futebolista pode ter um estatuto jurídico-desportivo de profissional e um estatuto jurídico-laboral de não profissional.

Como refere a doutrina espanhola<sup>1413</sup>, considerar o desporto como simples jogo ou como trabalho-profissão dependerá da intenção com que seja tomada por quem o pratica, ou de outra forma, do carácter ou natureza da relação que vincula o jogador com a sua respectiva equipa: laboral ou, pelo contrário, meramente desportiva.

Para a qualificação e consequente regulação especial da actividade do praticante desportivo profissional, podemos enumerar<sup>1414</sup> as seguintes caracterizações, e que confluem sem excepção, para a circunstância essencial que dita a especialidade da relação laboral dos praticantes desportivos profissionais e o seu correspondente tratamento normativo, isto é, o objectivo ou fim básico da actividade laboral destes praticantes deve centrar-se na competição desportiva.

As sessões de treino físico e técnico-táctico, as deslocações e concentrações, são exclusivamente planeadas tendo em conta a competição com os adversários, sendo que o

---

*necessária formação técnico-profissional, pratica uma modalidade desportiva como profissão exclusiva ou principal, auferindo por via dela uma retribuição.*

<sup>1412</sup> AMADO LEAL, J., *Contrato de Trabalho Desportivo Anotado*, Coimbra Editora, 1995, pág. 19.

<sup>1413</sup> SÁNCHEZ RUBIO, F.: *El Contrato de Trabajo de los Deportistas Profesionales*, Ed. Dykinson, S. L., 2002, pág. 43.

<sup>1414</sup> SÁNCHEZ RUBIO, F.: *El Contrato de Trabajo de los Deportistas Profesionales*, Ed. Dykinson, S. L., 2002, págs. 61-62.

resultado desta competição é de sobremaneira o elemento decisivo que dita as particularidades desta relação laboral especial, e como tais designam um cumprimento relevante da subordinação jurídica, com as consequências que lhe estão imputadas.

Alguns aspectos que determinam a proclamada especificidade da relação laboral desportiva, serão entre outras, a subordinação jurídica do praticante desportivo assumir contornos relativamente intensos relativamente ao empregador, sendo uma situação que gera por vezes uma frequente e até abusiva laboralidade da vida privada do praticante desportivo, podendo, acontecer que as fronteiras entre a sua vida profissional enquanto trabalhador e a sua vida extra-profissional enquanto cidadão, sejam susceptíveis de violação da privacidade, consequências que determinam a inclusão ou interacção que se verifica entre o ordenamento jurídico-laboral e o ordenamento jurídico-desportivo, fazem com que o objecto do contrato de trabalho desportivo, *lato sensu*, seja dual, isto é, laboral e desportivo.

O artigo 13 da Lei 28/98, prevê da mesma forma que para a entidade desportiva, deveres específicos e que impendem os deveres previstos no artigo 127 do CTP, e para o praticante desportivo aos deveres previstos neste artigo acrescem, por força do artigo 3, do supra referido diploma os deveres previstos no artigo 128 do CTP, e que se podem sistematizar em quatro grupos: deveres de zelo e diligência, dever de obediência, dever de lealdade e dever de urbanidade.

O poder disciplinar estabelecido no artigo 17 da Lei 28/98, constitui um corolário do poder de direcção da entidade empregadora desportiva e destina-se a sancionar comportamentos desrespeitadores das suas ordens e instruções, ou do seu regulamento interno, devendo o direito disciplinar acolher a máxima penal “*nulla poena sine lege*”, e a sanção disciplinar aplicada proporcional à gravidade da infracção e à culpabilidade do infractor, tal como refere o número 5, do presente artigo.

O elenco sancionatório disciplinar descrito no número 1, deste artigo coincide com artigo 328 do CTP, tendo sido introduzido na nova alínea d), que consagra a perda de dias de férias, como sanção disciplinar eventualmente aplicável, tendo ainda acrescentado à sanção estabelecida na alínea d), deste artigo “*suspensão do trabalho com perda de retribuição*”, a perda de antiguidade, correspondendo agora à alínea e), do artigo supra referido.

No que diz respeito ao regime sancionatório do desportista profissional, o aspecto mais característico neste regime jurídico e que está previsto no número 1, do artigo 27, é o envolvimento em responsabilidade civil pelos danos causados por motivo do incumprimento do contrato de trabalho desportivo pela parte, entidade empregadora desportiva ou

trabalhador/praticante desportivo, que provocou a cessação ou que a haja accionado injustamente, e implicitamente, *a priori* uma norma civilística, artigo 562 e segs. do CCP, mas em que os efeitos decorrentes desta responsabilidade civil são aplicados de uma forma diferente consoante o infractor seja o empregador ou o trabalhador desportivo, e a nosso ver, em claro prejuízo da parte mais fraca, ou seja, o praticante desportivo, ao contrário dos demais regimes jurídico-laborais que protegem de uma forma mais incisiva o trabalhador, uma vez que se limita inflexivelmente o valor da indemnização possível.

Com efeito, este regime é muito mais vantajoso para quem lesa do que para o próprio lesado, isto é, não só se recompensa a inércia do praticante “*obrigando-o*” praticamente a não exercer a sua actividade desportiva até ao termo do prazo estipulado no contrato, como ainda verifica que ao seu *quantum* indemnizatório terão de ser deduzidas as retribuições auferidas pela prática da sua actividade profissional ao serviço de outra entidade empregadora desportiva, não se compreendendo como é que à custa da celebração de um novo contrato de trabalho desportivo o lesante possa beneficiar prioritariamente das retribuições pagas ao praticante com o qual já não tem qualquer ligação, impondo-se assim ao praticante um duplo custo, isto é, não receber da sua anterior entidade empregadora durante um certo período de tempo e conferir que as retribuições que agora recebe pela celebração de um novo contrato serão deduzidas a um montante que mais não é do que uma importância de carácter indisponível, o que denota uma interpretação violadora do conceito básico de boa fé contratual.

Ou seja, tanto o praticante profissional como a entidade empregadora incorrem em responsabilidade civil pelos danos da cessação indevida, e este detalhe assume especial distinção devido ao facto de estar preceituado que a indemnização referida não pode exceder o valor das retribuições que ao praticante seriam devidas se o contrato de trabalho tivesse cessado no seu termo<sup>1415</sup>. Para uns<sup>1416</sup> esta solução está longe de se tratar de uma solução legal

<sup>1415</sup> A letra da lei determina que a indemnização referida não pode exceder o valor das retribuições que ao praticante seriam devidas se o contrato de trabalho tivesse cessado no seu termo.

<sup>1416</sup> Enquanto no artigo 27, número 1, da Lei n.º 28/98 se estatui um limite máximo para a devida indemnização, o Contrato Colectivo de Trabalho dos Futebolistas no seu artigo 50 estabelece que nesta situação o desportista fica constituído na obrigação de indemnizar o clube em montante não inferior ao valor das retribuições vincendas, ou seja, enquanto que a lei estabelece um limite máximo a convenção estabelece um limite mínimo. Porém, tal como assevera AMADO LEAL, J.: in *Vinculação versus Liberdade. O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo...*, págs. 320-321, nota 528, este artigo é inválido pois estabelece um tratamento menos favorável para o trabalhador desportivo do que o previsto na lei. Para a clarificação desta matéria dispomos do recente Acórdão do STJ de 7 de Março de 2007 (disponível em [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj)) relativo a um caso mediático: “(...) por ter estado em causa um litígio entre um jogador e o União de Leiria, clube que pretendia ser indemnizado devido à rescisão contratual irregular por parte daquele jogador”. No que importa reter, sublinhe-se que a decisão deste acórdão declarou nulos os números 1 e 2, do

“*sensata, razoável e equilibrada*” susceptível até de contrariar a lei fundamental por violação do princípio da justa indemnização, e para outros<sup>26</sup> a lei estabeleceu um quadro insuficientemente restritivo da concorrência entre clubes/empregadores no mercado de trabalho desportivo, com consequências nefastas para o bom andamento da competição, e como é conhecido em Portugal, é prática corrente na contratualização desportiva a inclusão das propaladas “*cláusulas de rescisão*” com montantes astronómicos e sendo certo que a lei não as interdita expressamente, porém, torna-as, a nosso ver, inválidas, e basta atentarmos ao estipulado no número 2, do artigo 114 do CTP: “(…) *as cláusulas do contrato de trabalho que violem normas imperativas consideram-se substituídas por estas*”.

Tome-se como exemplo o artigo 13 do Contrato Colectivo de Trabalho, (CCT) entre a Liga Portuguesa de Jogadores Profissionais e o Sindicato representativo, e que estipula que o jogador deve: “*Respeitar e tratar com urbanidade e lealdade a entidade patronal, os superiores hierárquicos, incluindo os treinadores, os companheiros de trabalho e as demais pessoas que, pelas respectivas funções, estejam relacionadas com a sua actividade*”, conceito genericamente previsto em todos os estatutos dos desportistas profissionais, como maior ou menor pretensiosismo.

Na situação em apreço verifica-se que os trabalhadores têm alguns deveres especiais, e designadamente assegurar uma boa condição física e o direito à ocupação efectiva<sup>1417</sup>, tendo contudo um dever que, quanto a nós é o culminar da lealdade perante a entidade empregadora, envolvência desportiva, equipa, público, etc. -, e que é através da Lei 38/2012 de 28 de Agosto, foi aprovada a lei antidopagem no desporto, adoptando na ordem jurídica interna as regras estabelecidas no Código Mundial Antidopagem, e que estipula designadamente através de campanhas de informação e educação, tendo como finalidade a sensibilização dos praticantes desportivos, e o respectivo pessoal de apoio e dos jovens em geral para os perigos e a deslealdade da dopagem.

---

artigo 50, e o número 1, do artigo 52 daquele Contrato Colectivo de Trabalho dos Futebolistas em matéria de responsabilidade indemnizatória do jogador emergente da sua demissão ilícita. Vale, por conseguinte, dizer que, face ao actual quadro normativo, o desportista profissional que rescinda o seu contrato antes do seu termo, sem justa causa, terá de pagar uma quantia indemnizatória que não exceda o montante das retribuições vincendas e que ao extinguir-se o vínculo laboral se extingue também o vínculo desportivo, pelo que são inválidas as normas infra-legais, sejam convencionais ou regulamentares, que o impeçam de participar na competição desportiva e consequentemente de exercer a sua profissão. Um comentário alargado a este acórdão é feito por AMADO LEAL, J.: Comentário de urgência ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Março de 2007, *Desporto & Direito, Revista Jurídica do Desporto*, Ano IV, nº 12, Maio/Agosto 2007, Coimbra Editora, págs. 501-517.

<sup>1417</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 321.

As leis anti-doping são leis puramente “*desportivas*”, uma vez que a sua existência está circunscrita ao bom desempenho das competições desportivas, garantindo lealdade na competição entre desportistas, bem como a preservação da sua saúde.

Em Espanha, a promulgação da Lei Orgânica 3/2013 de 20 de Junho, reforça a legislação existente com um aumento dos montantes nas multas e introduz a possibilidade de expulsão do desporto profissional, bem como visa também a criação de um novo corpo para substituir a Agência anti-doping espanhola (AEA), na esperança de acabar com a ideia de que Espanha é um país que não pune severamente caso de *doping*.

Na realidade, esta norma contém critérios claros para permitir aos responsáveis na luta contra o *doping* dirigir os esforços aos grupos desportivos de maior risco, ou seja, pretendeu o legislador espanhol caracterizar o regime jurídico de uma forma qualitativa através do envolvimento do desportista, entidade empregadora e entidades responsáveis pelo controlo.

Esta é foi uma tentativa do legislador espanhol apaziguar as polémicas em relação ao uso de *doping* no desporto espanhol, nomeadamente depois de terem sido divulgadas, nos últimos meses, as informações relativas ao processo “*Operação Puerto*”, o maior caso de utilização de substâncias dopantes na história do ciclismo espanhol.

A luta contra a deslealdade no fenómeno desportivo é tarefa que compete a todos e deve ser desenvolvido através da formação dos agentes desportivos, e pelos comportamentos que possam impedir ou dissuadir a corrupção, protegendo a lealdade, a correcção da competição, o seu resultado e o respeito pela ética desportiva.

A ética desportiva deve pautar-se por critérios de igualdade, lealdade e verdade dos resultados desportivos, com respeito pela integridade moral e física de todos os intervenientes, com referência para o público, os agentes desportivos e, em particular para os desportistas.

Mas como facilmente se concluirá, não cabe somente ao desportista profissional a devolução de deveres, pois perante a reciprocidade a que está adstrita a entidade empregadora deve, e não nos podemos esquecer que existem deveres especiais que a entidade empregadora terá que cumprir e que se encontram elencados nas alíneas a), b) e c), do artigo 12 da Lei de Bases do Sistema Desportivo (LSBD), Lei 1/90, de 13 Janeiro, e que foi alterada pela Lei 19/96, de 25 de Junho, sobretudo o de “*sujeitar os praticantes aos exames e tratamentos clínicos necessários à prática da actividade desportiva*”, ou o de lhes permitir que “*(...) participem nos trabalhos de preparação e integrem as selecções ou representações nacionais*”, conforme as alíneas b) e c), do preceito referido.

Desta forma a doutrina refere que se estes deveres não forem observados por parte da entidade empregadora, poderão constituir justa causa de demissão para o praticante profissional<sup>1418</sup>, o que estabelecerá uma deslealdade da entidade empregadora.

Os desportistas profissionais são em Espanha regulados pelo RD 1006/1985, de 26 de Junho, e estabelece um rol de prerrogativas que, sendo em tudo semelhantes às portuguesas, são em nossa opinião, e em determinadas circunstâncias mais incisivas, e comecemos por realçar que, e quanto aos deveres previstos no número 5, do artigo 7, da referida norma, identifica a reciprocidade das partes envolvidas, estabelecendo que: (...) *nesta relação laboral especial os direitos e deveres básicos são os previstos nos artigos 4 e 5 do ETE*.

O pressuposto de dependência do desportista profissional é tomado pela legislação jurisprudencial espanhola como sendo “*levada ao grau máximo*”<sup>1419</sup>, sendo que, e para além da estrutura desportiva enquanto entidade empregadora existe uma panóplia de personalidades, entre treinadores<sup>1420</sup> e outros responsáveis que interferem no quotidiano do desportista que o torna vulnerável a pressões, que na sua maioria dos casos é deturpada por elementos externos à própria estrutura onde está inserido.

Ora o contrato de trabalho desportivo, estando regulado pelo RD 1006/85 é remetido como já vimos para o ETE, e as circunstâncias de dependência que atrás elencámos tornam-se mais redundantes e gradativas devido sobretudo às normas elencadas pelos organismos que superintendem as actividades, o que denotam um dever de lealdade mais acentuado, mas e parcialmente vejamos.

Na relação jurídico-laboral do desportista profissional e porque é comum nesta relação subordinada, o princípio da boa fé deve acompanhar toda a vida do contrato de trabalho, desde os preliminares à cessação, passando pela sua celebração e execução, e por conseguinte, deste princípio decorre a obrigação das partes de agirem de forma leal, em mútua colaboração e confiança, mormente na execução do contrato.

Porém, tal forma de agir visa sobretudo o tempo e o lugar da execução do contrato de trabalho, de forma que terminada a prestação laboral o trabalhador-desportista, readquire a sua

<sup>1418</sup> AMADO LEAL, J.: *Vinculação versus Liberdade - O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, 2002, pág. 261.

<sup>1419</sup> SÁNCHEZ RUBIO, F.: *El Contrato de Trabajo de los Desportistas Profesionales*, Ed. Dykinson, S. L., 2002, pág. 78.

<sup>1420</sup> A este respeito a jurisprudência do TSE, através das sentenças de 14 de Maio de 1985, e de 14 de Fevereiro de 1990, qualificou como relações laborais desportistas profissionais, as de treinadores e técnicos, por entendimento do conceito de desportista profissional estabelecido pelo número 2, do artigo 2 do RD 1006/1985, ainda que esta interpretação possa merecer pareceres diferentes.

auto-disponibilidade, podendo dispor do seu tempo de repouso da forma que entender mais adequada.

No entanto, quer pela sua exposição, quer pelo seu protagonismo, situações existem em que o dever de lealdade extravasa os limites normais do tempo e do local de trabalho, estendendo-se para o espaço de auto-disponibilidade do trabalhador, que a violação dos deveres de lealdade, em tais circunstâncias, pode ser disciplinarmente perseguida.

E é comum que o desportista profissional exprima de forma exacerbada as suas angústias, e daí que nestes casos o princípio da irrelevância disciplinar das condutas extra-profissionais, que é regra na generalidade dos contratos de trabalho, seja substituído pelo seu oposto, ou seja, pelo da relevância disciplinar das condutas extra-profissionais do trabalhador, bastando para o efeito que nos casos de excessos, os seus reflexos se projectem na vida do contrato, e sem dúvida que nestes casos tais reflexos podem ser objecto de procedimento disciplinar, dadas as repercussões que tais comportamentos podem ter sobre a SAD ou clube, *maxime* sobre a sua dimensão.

Para tal importa recorrer a critérios de razoabilidade, pois não podemos assistir a uma laboralização da vida de todo e qualquer cidadão que seja também trabalhador, sob pena de nos aproximarmos das concepções dominantes da época da servidão<sup>1421</sup>, nunca descuidando que e apesar das regras de conduta não serem profícuas na dimensão normativa, impera o bom senso na credibilidade da expressão manifesta.

O paradigma do fundamento resolutivo é pois o incumprimento superveniente, culposo, total ou parcial, traduzido na falta definitiva de cumprimento, por impossibilidade ou recusa -, dos deveres de prestação e de certos deveres de conduta, tidos por relevantes no contexto contratual, e nas específicas relações contratuais e desportistas duradouras no tempo e assentes na confiança e lealdade entre as partes, pode ser mesmo invocada uma justa causa que torne imediatamente inviável a manutenção do vínculo contratual.

Tal com resulta da aplicação a alínea a), do artigo 5 do ETE, o trabalhador deve cumprir com as suas obrigações concreta do posto de trabalho, e em conformidade com os trâmites impostos pela boa fé e diligência.

E é precisamente esta norma que regulamenta a relação jurídica dos desportistas profissionais em Espanha, e porque reveste certas vicissitudes, tais como as proclamadas no parágrafo 2, do artigo 7 do RD 1006/1985, que admite o direito a manifestar livremente as

---

<sup>1421</sup> AMADO LEAL, J.: *Contrato de Trabalho, à luz do novo Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 378-380.



suas opiniões sobre a sua profissão, porém a jurisprudência constitucional<sup>1422</sup> vem considerando que perante uma relação laboral, a boa fé é um limite à liberdade de expressão pelo que e para além do direito constitucional, existem fundamentos de ordem laboral que proclamam a conduta do trabalhador desportista, e que passa por uma atitude leal nas suas relações subordinadas.

### ***5. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de artistas em espectáculos públicos***

O contrato de trabalho com profissionais de espectáculos é regulado em Portugal pela Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro (Lei 4/2008), e em Espanha pelo Real Decreto 1435/1985 de 1 de Agosto (RD 1435/85), e que a doutrina considera tão especial como outra qualquer e que na actualidade acaba por se sujeitar ao regime laboral comum.<sup>1423/1424</sup>

A Lei 4/2008, veio definir o regime jurídico aplicável ao contrato de trabalho dos profissionais de espectáculos, tendo mais tarde, sido alterada pela Lei 105/2009, de 14 de Setembro, que lhe aditou um artigo 10-A sobre “*Casos especiais de contrato de muito curta duração*”, que ainda sofreu as alterações decorrentes da Lei 28/2011, de 16 de Junho, e que vem regular, o contrato de trabalho do artista de espectáculos sendo aplicável aos trabalhadores das artes do espectáculo e do audiovisual, mas que não se aplica às actuações artísticas não destinadas ao público, e em tudo o que não estiver previsto, aplicar-se-á o disposto no CTP.

Apresenta algumas adversidades que o legislador português, e tendo como base precisamente o carácter intermitente destes trabalhadores, veio a caracterizar no CTP de 2009, através dos artigos 157 a 160, a admissibilidade de trabalho intermitente, e podemos afirmar que não foi aleatoriamente que o fez, ou seja, é nossa convicção que este carácter de descontinuidade existente no exercício de espectáculos públicos, a que estão sujeitos os artistas de espectáculos, serviu de mote para perante a conjuntura de precariedade laboral que se fazia e faz sentir, fosse transposta para a lei geral de forma a minimizar os períodos de inactividade.

<sup>1422</sup> Cfr. Sentenças do TCE 120/83, 6/88 e 6/95.

<sup>1423</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 316.

<sup>1424</sup> VILLA GIL: *Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas*, Revista de la Facultad de Derecho (Facultad de Derecho de Madrid), pág 354, citado por ALZAGA RUIZ, *ob. cit*, pág. 60, nota de rodapé 148. VILLA GIL expressa “*qué razón existiría para establecer una especialidad en los contratos celebrados por los que trabajan en los espectáculos públicos existiendo una Reglamentación de cinematografía (...)?*”.

E nestes períodos de inactividade mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressupõem a prestação efectiva de trabalho, ficando o trabalhador obrigado a pagar pontualmente a compensação retributiva, e a não admitir novos trabalhadores ou renovar contratos para actividades artísticas susceptíveis de poderem ser desempenhadas pelo trabalhador em situação de “*adormecimento jurídico-laboral*”.

Esta descontinuidade é particularmente interessante para pequenas e médias empresas que somente desenvolvem picos de trabalho em determinadas épocas do ano, e articulando a flexibilidade e estabilidade, o contrato de trabalho intermitente por um lado responde às necessidades e realidades económicas das pequenas e médias empresas, isto é, actividades sazonais, trabalhadores a tempo intermitente e articuladas às competências específicas que a empresa desenvolve durante o ano, e por outro lado às necessidades legítimas de um salário seguro para os colaboradores.

Assim, o contrato de trabalho intermitente afasta-se da precariedade tornando o posto de trabalho mais atraente, limitando a rotatividade e dessa forma oferecendo ao trabalhador mais segurança e fidelização, foi esta, em nossa opinião, a razão desta figura jurídica no CTP.

A violação das obrigações do empregador durante os períodos de inactividade constitui contra-ordenação grave e pode conduzir à aplicação da sanção acessória de inibição de acesso por parte do empregador, pelo período de três anos, a subsídios ou apoios do Estado destinados às actividades artísticas, sem prejuízo de outras disposições legais, como aliás prevê o artigo 20, da Lei 28/2011.

Quando a actividade artística é desenvolvida em grupo, e não exista um contrato de exclusividade<sup>1425</sup>, o trabalhador tem um especial dever de colaboração e lealdade, com os restantes membros do grupo, tendo em vista a execução dessa actividade em comum, conforme o artigo 11, e realça o legislador que o trabalhador tem direito à ocupação efectiva quanto à realização de ensaios e demais actividades preparatórias do espectáculo público, não podendo ser excluído destas actividades sem justificação, incorrendo o empregador numa violação do dever de geral de boa fé, e reforçado que está pela alínea b), do número 1 do artigo 129 do CTP. O empregador deve respeitar a autonomia da direcção, supervisão e realização artísticas do espectáculo, abstendo-se de nelas interferir, de resto e sendo que os

---

<sup>1425</sup> As partes podem estabelecer, por escrito, que o trabalhador realizará a sua actividade artística em exclusivo para o empregador, mediante a fixação de uma compensação adequada para a prestação do trabalho em regime de exclusividade. Contudo, quando não existir tal acordo, os trabalhadores das artes do espectáculo e do audiovisual podem celebrar contratos simultâneos com mais de uma entidade empregadora, desde que o cumprimento do objecto dos diferentes contratos não seja incompatível por razão de horário, localização geográfica, profissional ou outra, cfr. artigo 10 da Lei 28/2011.

artistas de espectáculos devem primar pela criatividade, ainda que orientados por quem os dirige, seria *contra natura*, o empregador/empresário interferir, salvaguardando o princípio da autonomia empresarial lhe assista, porém o legislador previu no artigo 11 da Lei 28/2011, este dever especial do empregador.

O artigo 11 da Lei 28/2011, exprime de forma sucinta que os deveres das partes se deve a um comportamento diligente no que concerne à actividade perante o público, devendo estar implícito que seja isoladamente ou em grupo, o trabalhador tem a obrigação de colaborar em prol dos objectivos impostos pelo contrato de trabalho, sendo que o mesmo não pode ser unilateralmente e sem qualquer justificação excluído das actividades, e ainda que o empregador se deve à obrigação de não interferência sobre a autonomia do trabalhador.

A consagração do contrato de trabalho como regime regra de contratação no sector dos artistas do espectáculo, sempre que existam relações de trabalho subordinado ou relações de exercício profissional que, pela sua integração numa estrutura organizacional, se caracterizem pela dependência económica do prestador do trabalho em face da entidade empregadora, são assim o corolário proeminente desta norma portuguesa.

A jurisprudência portuguesa é parca nesta matéria, e como tal remete-nos para a lei geral prevista no CTP, o que no estudo em causa mais não é que a remissão jurisprudencial da lei comum, na nossa opinião não releva, a não ser que o trabalhador inserido neste regime jurídico esteja sujeito às vulnerabilidades de incumprimentos dos deveres que lhe estão impostos pela alínea f), do número 1, do artigo 128 do CTP, com as consequências que subsidiariamente estão conexas.

O mesmo não se passa na legislação espanhola, que para além de uma legislação determinada em termos demográficos e profissionais, é reforçada pela jurisprudência doutrinal.

O número 2, do artigo 1 do RD 1435/85 é praticamente coincidente com o artigo 1 do ETE, e como tal a razão dos critérios definidores da relação contratual deste regime de contrato de trabalho.

Uma das peculiaridades que melhor apreendemos neste regime tem a ver com a duração do contrato, ou seja, é possível estabelecer um contrato de trabalho a termo resolutivo ou um contrato de trabalho sem termo, pela análise que dedica o próprio artigo 15 do ETE.

O pacto de plena dedicação está previsto no RD 1435/85 através do número 4, do artigo 6, sendo proibida a ruptura unilateral pelo trabalhador, e neste pormenor a

jurisprudência<sup>1426</sup> tem uma leitura interpretativa do artigo 21 do ETE que neste propósito consolida a particularidade da regulação deste contrato especial, o que em nossa opinião não consolida a analogia ou remissão para a lei comum, com as consequências que esta interpretação possa suscitar, e que a própria ruptura contratual originou.

Sendo uma obrigatoriedade formal do próprio contrato de trabalho, em caso de ruptura, o trabalhador deverá indemnizar a entidade empregadora pelos prejuízos que possa ter provocado, e se essa indemnização não constar no contrato, o tribunal estabelecerá a quantia devida, podendo eventualmente os danos provocados serem ponderados tendo em consideração o previsto no artigo 1154 do CCE.

A ocorrência do pacto de plena dedicação entre o trabalhador e o empregador, sendo voluntário, e em caso de ruptura, mais não é que uma violação do dever de lealdade perante o pactuado, porque no caso do trabalhador resolver trabalhar por conta de outrem ou por conta própria e consequentemente prevaricar por concorrência desleal que lhe está aposta devido ao estipulado no número 1, do artigo 6, do RD 1435/85, reforçado pela alínea c), do artigo 5, do ETE, porque apesar da amplitude genérica deste artigo 6, fazer referência a “*deveres básicos*”<sup>1427</sup>, a “*força*” imperativa da 2ª secção do ETE, é suficiente para esta remissão.

Esta particularidade obrigará a que o trabalhador tenha uma forma singular de não competir directa ou indirectamente com outra actividade que possa comprometer o desempenho, e ao mesmo tempo fortalecer o vínculo contratual com um único empregador. A legislação ibérica que regula este tipo de relação laboral, e sendo os artistas profissionais inseridos numa exposição mediática devido ao trabalho que desempenham, acarreta a importância da manutenção do prestígio e honra que interage, não só com a reputação do trabalhador, mas também com a imagem que sinergicamente transmite ao grupo onde se insere.

Esta dimensão social caracteriza estes trabalhadores de uma forma mais premente que outras categorias profissionais, pelo que a probidade que transmitem para o público, deve ser entendida como uma atitude de imagem consolidada pela notoriedade que adquiriram, daí que a imagem seja salvaguardada ainda que com as limitações que lhe são peculiares.

Ao procedermos atentamente à análise do artigo 6, do RD 1435/85, verificamos que o número 2, particulariza um dever do trabalhador que é inquestionavelmente um pormenor da máxima importância na manutenção do contrato de trabalho, isto é, o trabalhador obriga-se

<sup>1426</sup> Cfr. Sentença do TSCA de 26 de Setembro de 1988, FJ, 3º (RJ.7335/1988).

<sup>1427</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 2002, pág. 1062.

“(... ) à diligência específica (... )” o que mais não é que a concretização do dever de boa fé contratual<sup>1428</sup>, pois não descuidemos que este tipo de trabalhadores tem uma visualização exógena que exige atitudes comportamentais mais prementes que outras categorias profissionais, basta o contacto com o público e que pelo efeito de “*imagem reflexa*”, se repercute também com a imagem do empregador, devendo-se entre outras, ao cumprimento escrupuloso das ordens que lhe são transmitidas, de não incorrer em concorrência desleal e de contribuir para uma melhoria da produtividade, sendo um dever de dimensão absoluta a doutrina jurisprudencial<sup>1429</sup>, obviamente que a acentua.

Tal como referimos, a exposição e interacção com o público obriga o trabalhador a um comportamento que não se compadece com faltas de respeito, sendo tais atitudes consideradas infracções leves ou muito graves, como sejam atitudes obscenas por gestos ou palavras, podendo incorrer em sanções de dimensão mais acentuada que um trabalhador que não exponha perante terceiros.

Este tipo de condutas, que genericamente mais não são que transgressões através do abuso de confiança e deslealdade configuram razões suficientes para uma ruptura contratual, bem como as atitudes de diligência no cuidado dos bens pertencentes ao empregador configuram gravidade suficiente para poder tipificar uma violação do número 2, do artigo 6 do RD 1435/85.

O que também evidencia uma deslealdade, será a atitude de condutas que permitam o benefício próprio, revelando conhecimentos adquiridos na vigência da relação contratual a terceiros, porque a confidencialidade fará parte dos preceitos obrigacionais a que está devido, e já não no domínio dos contratos de trabalho genéricos, mas e sobretudo nos contratos de direcção, no que respeita aos directores da sociedade, é igualmente comum a estipulação de cláusulas de confidencialidade nesses contratos, reforçando-se assim a obrigação de segredo dos altos cargos em relação aos factos e informações que tenham conhecimento como resultado do exercício das suas funções.

No entanto, atente-se que os quadros dirigentes<sup>1430</sup> estão sujeitos a amplos deveres de lealdade para com a entidade empregadora, conforme o disposto no artigo 64 do Código das Sociedades Comerciais (CSC), onde se inclui o dever de confidencialidade, e a não

<sup>1428</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho de Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, págs 25-26; quanto refere as relações nos contratos especiais, e no caso específico a boa fé, sendo que e apesar de não especificar os profissionais de espectáculos públicos, alude que dependendo da actividade exercida, o dever de boa fé torna-se mais proeminente.

<sup>1429</sup> Cfr. STS de 22 de Março de 1984, RJ. 1594/1984.

<sup>1430</sup> De sociedades de espectáculos, desportivas, clubes, SAD's, etc.

observância deste dever pode levar à responsabilização do trabalhador que divulgue a informação confidencial, nos termos do artigo 72 do CSC.

Não deixaremos de acentuar que o trabalhador, e no contexto da legislação analisada, é-lhe permitido o direito de liberdade de expressão, todavia, não podemos esquecer que o próprio contrato de trabalho envolto que está em comportamentos civilísticos, delimita essas mesmas atitudes, até pela própria reciprocidade existente com o empregador, o que, a não serem cumpridas se pode incorrer numa violação da boa fé<sup>1431</sup> com as consequências que a determinam e compreende-se, pois a *fiducia* é uma atributo revelador do pacto que previamente foi estabelecido, e persiste durante a relação laboral, ainda que possa ser de curta duração nesta tipologia contratual.

## ***6. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de advogados em escritórios privados de advogados***

A nota de rigorosa independência e de absoluta imparcialidade pressuposta pela actividade da advocacia, diz respeito àqueles que a exercem e não àqueles que a retribuem em termos salariais, diga-se, contudo a profissão tem vindo a sofrer mutações, desde o exercício autónomo até ao trabalho por conta de outrem com um conteúdo de laboralidade.<sup>1432</sup>

Na nossa perspectiva, o advogado deve dispor, sempre, de autonomia técnica no plano decisório, mas deve encontrar-se juridicamente subordinado em relação à entidade empregadora, justamente para que esta entidade possa dia após dia, semana após semana, conformar e pautar a sua actividade profissional, preparando-o em todos os planos, em ordem a que a qualidade das suas prestações profissionais sejam a mais elevada possível, e só desta forma compreendemos a relação jurídico-laboral do advogado perante um empregador individual ou colectivo.

O contrato de trabalho do advogado, que tem uma elevada carga de autonomia e deontologia perde, em ordem de grandeza uma dose de sujeição a “*ordens directas ou a*

<sup>1431</sup> E como assinala a Sentença do TCE de 15 de Dezembro de 1983, (RTC.120/1983), a liberdade de expressão não é um direito ilimitado, pois o número 4, do artigo 20 da CE assim o estipula, mas também porque a própria liberdade de expressão deve ser exercitada pelas normas da boa fé, e para tal bastará a remissão ao artigo 7 do CCE.

<sup>1432</sup> MONTOYA MELGAR, A., y CÁMARA BOTÍA, A.: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 10, citados por NURIA P. GARCÍA PIÑEIRO, in Revista del Ministério de Trabajo y Inmigración, pág. 83, acesso em 28 de Janeiro de 2013 em [http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/83/est06.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/83/est06.pdf).

*simples instruções*”<sup>1433</sup>, e daí que em nossa opinião tenha uma carga de subordinação menos intensa que nos contratos de trabalho ditos “*tradicionais ou comuns*”.

No que respeita aos advogados que trabalham por conta de outrem, a Lei 15/2005 de 26 de Janeiro, que aprova o Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), impõe que o contrato de trabalho celebrado pelo advogado não possa afectar a sua plena isenção e independência técnica perante a entidade empregadora.

O segredo profissional representa destrate a couraça normativa e a garantia legal intransferível contra as tentações de se obter confissão por interposta pessoa e contra a violação do direito à intimidade, é por isso a garantia de existência de uma advocacia que para ser autêntica, tem de ser livre e independente, e este é um dos principais deveres que o advogado enquanto trabalhador por conta de outrem, pois o vínculo de confiança de colegas e empregador deverá ter uma extensão imensurável, com uma integridade reforçada pela honestidade, probidade e lealdade, tal como plasmado no artigo 83 do EOA, e “*dever de guardar segredo profissional é uma regra de ouro da advocacia e um dos mais sagrados princípios deontológicos*”<sup>1434</sup>, e só pode adjudicar perante altos interesses que firam a dignidade profissional do advogado.

A circunstância do advogado exercer as suas funções por conta de outrem, à qual está ligado ao abrigo de um contrato de trabalho, “*somente*”<sup>1435</sup> obriga a acautelar que os termos desse contrato estejam em conformidade com os princípios deontológicos da profissão, salvaguardando nomeadamente a sua isenção e a independência conforme o artigo 68 do EOA, não tendo a virtualidade de o dispensar do cumprimento de qualquer um desses deveres.

A quebra do segredo profissional sem “*justa causa*”, portanto a violação do dever de segredo, constitui responsabilidades diferentes que simultaneamente podem ser cumulativas e ao trabalhador pode ser atribuída uma responsabilidade disciplinar que no âmbito profissional

<sup>1433</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 38.

<sup>1434</sup> ARNAUT, A.: *Estatuto da Ordem dos Advogados - Anotado*, Coimbra Editora, 2006, pág.97.

<sup>1435</sup> Neste sentido o Parecer do Conselho Geral n.º E-7/2007, de 6 de Julho de 2007: “(...) *em lado nenhum encontramos qualquer discriminação legal negativa de qualquer Advogado (desde que com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados), designadamente de qualquer Advogado que exerce a sua profissão no âmbito de uma relação jurídico-laboral. Antes pelo contrário, o artigo 68º do EOA veio explicitamente consagrar, “urbi et orbe”, a plena compatibilidade de exercício da Advocacia com a subordinação jurídica. Mais do que isso, tal preceito veio mesmo salvaguardar e garantir o exercício da Advocacia nesse contexto de vínculo jurídico-laboral nos ditames da isenção, autonomia e independência técnicas do Advogado e dos princípios deontológicos da profissão.*” in Base de Dados de Jurisprudência da Ordem dos Advogados <http://jurisprudencia.oa.pt/>, consultado em 29 de Janeiro de 2013.

se traduz na jurisdição disciplinar da respectiva esfera do empregador perante a existência de um contrato de trabalho.

Ora, o contrato de trabalho por conta de outrem encontra desde logo uma premissa limitativa, e estipulada pelo número 1, do artigo 68 do EOA, que obriga em exclusivo à Ordem dos Advogados Portugueses (OAP) a uma prévia apreciação dos princípios deontológicos, pois impende sobre esta a subordinação jurídica e desta forma protege-o de ordens ilegítimas da entidade empregadora, contudo o advogado que insistentemente não encontre soluções que agradam à entidade empregadora, corre riscos profissionais que por vezes ainda que inconscientemente, limitam a sua acção.

Mas perante tal circunstância, surge-nos uma questão pelo facto da entidade empregadora também ser um profissional do foro, o qual deve obedecer ao mais elementar princípio da boa fé contratual, o que não invalida que o contrato de trabalho preconize e salvguarde o trabalhador, porém é na vigência da respectiva relação jurídica que os “*atropelos*” surgem com mais assiduidade, e como assinalámos a independência é uma característica fundamental da advocacia.

Qualquer orientação ou instrução da entidade empregadora que restrinjam a independência ou isenção do advogado, ou que violem as normas deontológicas determinam a nulidade<sup>1436</sup> do contrato, ora e sendo a entidade empregadora uma pessoa de direito privado, qualquer um dos contraentes pode submeter ao Conselho Geral a apreciação das cláusulas do contrato, sendo que o parecer emitido em resposta é vinculativo, e havendo litígio entre as partes, o pedido de parecer é obrigatório e também vinculativo, nos termos dos números 5 e 6 do artigo 68 do EOA.

O advogado deve pautar-se sempre com plena autonomia técnica, isenção, independência e responsabilidade, e o que está em causa é a relação de confiança que o cliente nele depositou, como tal jamais pode estar sujeito aos interesses da entidade empregadora, e esta pertinência é ainda mais relevante quando a actividade é desempenhada neste regime, pois são princípios constitucionais da profissão de advogado e previstos nos artigos 68, 76, 77, 83, 84 e 92 do EOA.

A sujeição à autoridade e direcção do empregador não prejudica a autonomia técnica do trabalhador inerente à actividade prestada, nos termos das regras legais ou deontológicas aplicáveis pelo artigo 116 do CTP.

---

<sup>1436</sup> Cfr. o número 3, do artigo 68 e 76 do EOA.



Sendo a lealdade uma regra deontológica geral e, enquanto obrigação profissional, terá um grau de reciprocidade mútuo, e ou se é leal ou desleal, não existirá o meio termo, consagrado como está enquanto obrigação profissional é um dever normal entre empregador e trabalhador, e a violação implicará um procedimento disciplinar, ou a denúncia do contrato de trabalho com justa causa pelo trabalhador, conforme o artigo 109 e ss do EOA, sendo que esta tramitação disciplinar cabe em exclusivo à jurisdição disciplinar sobre advogados<sup>1437</sup>, cabendo os tribunais dirimir posteriormente qualquer litígio laboral subjacente aos motivos alegados, ou seja, a violação do dever de lealdade apresenta-se nesta conjuntura, de índole deontológica e laboral.

Além de que a aludida reciprocidade existente entre advogados é reforçada pelo instituto jurídico-laboral que emerge do contrato de trabalho, e nas relações recíprocas, a deslealdade é perfeitamente antagónica com a cooperação, devendo a entidade empregadora envidar todos os esforços para que os procedimentos de correcção e urbanidade sejam atempadamente salvaguardados.

É ponto assente que a honestidade, probidade, rectidão, cortesia e lealdade são obrigações profissionais do advogado impostas que estão nos números 1 e 2, do artigo 83 do EOA, pelo que o profissional subordinado deve, no exercício da profissão, mas também fora dela, adoptar um comportamento consentâneo com os valores que são elementos nucleares do código de ética, inferindo que o relacionamento com todos os colaboradores do escritório, sejam colegas ou administrativos se devem pautar pela transparência.

É evidente que a partir do momento que o profissional-advogado, está sujeito à apreciação do empregador, e como tal auferir uma retribuição mensal, e outras eventualmente acrescidas, está perante uma verdadeira relação de subordinação, tanto económica quanto jurídica, o que em nossa opinião tem características de maior “*proletarização da advocacia*”.<sup>1438</sup>

<sup>1437</sup> Cfr. STJ, de 19/02/1998, Boletim O.A. nº 49, pág. 28, citado por ARNAUT, A.: *Estatuto da Ordem dos Advogados - Anotado*, Coimbra Editora, 2006, pág.97.

<sup>1438</sup> Cfr. Acórdão do TRL de 2003, em que: “(...) A crescente flexibilização das formas de emprego tem contribuído para um aumento exponencial dos casos nebulosos, de fronteira, em que se torna, por vezes, extremamente difícil ajuizar se estamos perante uma situação de trabalho subordinado ou de trabalho autónomo. (...) É certo que o advogado é, em geral, a profissão apontada como o modelo de profissional liberal, mas a realidade vem revelando cada vez mais um fenómeno novo, que alguns não hesitam em denominar como a ‘proletarização da advocacia’ que deve merecer a atenção da sociedade. Não podemos deixar de reconhecer que em muitos casos a forma como a profissão é exercida não se encaixa no paradigma liberal e que seria conveniente que fosse devidamente regulado o exercício subordinado da profissão e maxime estabelecida com nitidez a diferenciação entre advogados sócios das sociedades (acautelando a situação destes), (...) dado que o puro e simples enquadramento no regime jurídico-laboral poderá não ser o mais indicado (...)”. in Revista da Ordem dos Advogados, nº 44, de Nov/Dez de 2006, pág. 41-42, do autor TIAGO RODRIGUES.

Ora existindo características de uma relação jurídico-laboral que consigna ambiguidades, é natural também que a exclusividade e o dever de não concorrência estejam correlacionados, e atente-se à obrigação do trabalhador ter o dever de, e – pela independência, lealdade e segredo a que está obrigado –, não promover negócios por conta própria, ou seja, não se apropriar do “*know-how*” adquirido e promover negócios que possam gerar, pelo impedimento de exclusividade que possa deter, incompatibilidades com a entidade empregadora correndo o risco de incumprimento do dever de lealdade previsto no EOA, mas também e sobretudo incorrendo num processo disciplinar por violação do previsto na alínea f), do número 1 do artigo 128 do CTP.

Quanto ao regime de trabalho em escritórios de advogados em Espanha está previsto no Real Decreto 1331/2006 de 17 de Novembro (RD 1331/06), começa por referir no preâmbulo, da existência de determinadas especificações próprias da actividade de advogado, e nomeadamente normas éticas e deontológicas, independência e autonomia.

A caracterização de uma relação laboral especial<sup>1439</sup>, que independentemente das diferenças dogmáticas que se possam inferir das normas portuguesas e espanholas, existe um sentido comum, que é a relação laboral aplicável a advogados que prestam serviços retribuídos por conta de outrem, deve ter a disponibilidade de apresentação dos contratos de trabalho junto do Colégio de Advogados.<sup>1440</sup>

Ou seja, o regime jurídico imposto pelo RD 1331/06 define o âmbito de aplicação do regime que mais não é senão a relação dos sujeitos, e os deveres e direitos das partes, podendo, em sede de contraditório, questionar o preceito dos “*direitos*” dos trabalhadores, porque o que de facto está em causa são os “*deveres*”.

Repare-se no preceituado nas alíneas a), e b), do número 2, do artigo 23 do RD 1331/06, o empregador tem a obrigação de proporcionar uma formação necessária para um nível adequado de capacidade técnica e profissional, e se o empregador interpretar que o trabalhador não possui ou não demonstre um nível profissional adequado, é motivação suficiente para poder extinguir o contrato de trabalho, como facilmente se depreende da leitura do artigo 23 da referida norma, mas saliente-se que se não for proporcionada a correspondente formação profissional, jamais o empregador pode arguir tal extinção do contrato, e se o fizer só denota má fé ou desconhecimento da lei, o que diga-se, será inadmissível dados os pressupostos fiduciários.

<sup>1439</sup> Estabelece o número 1, *in fine*, do artigo 19 do Estatuto do Ilustre Colegio dos Advogados de Madrid, (EICAM), que: “(...) o mediante una relación laboral, de carácter general o especial”.

<sup>1440</sup> Cfr. número 5, do artigo 27 do Estatuto Geral da Advocacia Espanhola (CGAE, 02/02/2007).

Todavia, e quanto ao cumprimento da boa fé contratual, e a que se deve ao real cumprimento das obrigações impostas a estes trabalhadores, surgem dois institutos que também são nucleares nesta relação contratual, como seja o dever de não concorrência e a diligência devida perante uma actuação nobre da profissão, o que e perante o incumprimento pode determinar a extinção do contrato de trabalho como alude o número 1, do artigo 21 do RD 1331/06 com remissão para o ETE através dos artigos 49 a 56, isto é, para além do compromisso de lealdade inerente, sublinhe-se que concomitantemente com o incumprimento da violação do sigilo profissional e o pacto de permanência, estão estes profissionais sujeitos a consequências que podem determinar a suspensão ou extinção do vínculo.

Porém, é na autonomia e independência que o legislador focaliza os seus propósitos, e assim estabelece o artigo 6 do RD 1331/06 que fica expressamente reconhecido o dever dos advogados-trabalhadores a “*cumprirem as ordens e instruções dos titulares dos escritórios (...)*”, salvaguardando que desde que não contrariem os princípios e valores da advocacia ou as normas que regem a profissão, que mais não que os deveres de honestidade, rectidão e lealdade, entre outros.

Agora imagine-se a entidade empregadora a dar “*ordens ou instruções*” quando a profissão de advogado está envolta pelo princípio da independência<sup>1441</sup> e autonomia, sendo certo que também o legislador limitou essas “*ordens e instruções*” proibindo a emissão dessas ordens ou instruções que possam conduzir a actividades incompatíveis, ou ainda que possam colocar em causa a violação do segredo profissional ou o conflito de interesses como alude o artigo 5 do RD 1331/06.

Perante o regime de exclusividade, da qual terá direito a uma compensação, se tal for formalizado no contrato de trabalho, o advogado obriga-se a não exercer a actividade por conta própria nem celebrar contratos com outras entidades sob o risco de uma quebra da boa fé contratual e implicitamente sujeitar-se ao incumprimento do previsto na alínea d), do número 3 do artigo 5 do RD 1331/06, bem como pela alínea n), do artigo 4 do EICAM.

O legislador previu também que no caso do advogado abandonar o escritório antes da caducidade do contrato de trabalho haverá direito a uma indemnização, podendo as partes estabelecer um pacto de não-concorrência após a cessação do contrato limitando dessa forma a actuação futura.

E é relevante referir que o diploma prevê que, e em caso de no início da relação laboral o advogado encaminhar clientes, terão direito a uma compensação, salvaguardada que fique

<sup>1441</sup> Cfr. alínea c), do número 1, do artigo 19, do EICAM.

no contrato individual de trabalho ou esteja estabelecido em convénio colectivo, mas é nosso convencimento que o legislador devia ter previsto que o aporte de clientes encaminhado durante a relação laboral devia ser considerado, a não ser que tal propósito pudesse vir a encarecer a cessação do contrato de trabalho por via da indemnização, o que transcreve uma imprecisão legislativa com as consequentes prerrogativas de deslealdade que possa subsistir entre as partes, porque queiramos ou não, o empregador beneficia desta circunstância.

A relação de confiança entre as partes contratuais enferma de uma protecção recíproca, ou seja, se da parte do empregador há a exigência de salvaguardar os direitos do trabalhador, deste cabe-lhe as consequências subjectivas e indeterminadas que perante tal violação de confiança possa redundar num comprometimento futuro.

A confiança, como aliás qualquer outro dever inerente à profissão não pode ser percepcionado sem a interconexão dos conceitos de segredo profissional e confidencialidade, que em última instância o dever basilar de lealdade, isto é, deve ser a base de uma firme sinceridade e integridade, porque se não houver confidencialidade entre as partes, e tenha-se em consideração que se não houvesse clientes, não se justifica a existência de advogados, daí o regime extensivo aos próprios clientes do escritório, jamais haverá confiança, enquanto *“obrigação fundamental e primordial do advogado”*.<sup>1442</sup>

O exercício da advocacia, não pode em circunstância alguma, entender-se como um exercício, ainda que subordinado, sem ética profissional, e com total ignorância dos princípios inspiradores<sup>1443</sup> da profissão, sendo que a dignidade, a confiança e a integridade, e nesta estará implícita a reserva de confidencialidade, lealdade e transparência -, serão a forma digna de imparcialidade e liberdade profissional.

O que se verifica nas normativas que regulamentam a actividade dos advogados enquanto trabalhadores subordinados tanto portuguesa como espanhola, é uma sobrecarga dos deveres, comparativamente aos trabalhadores com contrato de trabalho comum, sendo de realçar que a independência terá um duplo sentido, ou seja, tanto é direito como é um dever, e esta dualidade imperativa pode determinar que a lealdade perante a entidade empregadora possa sobressair em detrimento das consequências do vínculo laboral, estabelecendo um confronto sistémico da deontologia e do semblante jurídico proclamado.

<sup>1442</sup> Cfr. parágrafo 2.3.1 do Código Deontológico dos Advogados da União Europeia.

<sup>1443</sup> SÁNCHEZ STEWART, N.: *La Profesión de Abogado*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad Difusión Jurídico, 2008, pag 535.

Neste regime de contrato de trabalho, e perante as características já elencadas, parece-nos que devem *ad initio*, ser consideradas algumas especificidades que são próprias da profissão de advogado e salvaguardada que seja a independência e a autonomia técnica.

Aceitamos que possa ser um ponto de vista controverso e pragmático, porém a nobreza da profissão, como tantas outras, não nos merece qualquer desprestígio pelo facto do advogado ter uma relação laboral.

### ***7. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de profissionais de informação***

A CRP proclama através do artigo 38 a garantia à liberdade de imprensa e independência, estipulando uma nota distintiva e que se traduz na relevância do estatuto dos jornalistas que sendo uma liberdade individual apresenta uma dimensão diferenciadora enquanto exercidos institucionalmente, o que pressupõe uma empresa, e como tal uma entidade empregadora.

A liberdade de expressão dos jornalistas adquire uma manifestação de liberdade prevista no artigo 37, e o direito à criatividade cultural que nos remete para o artigo 42, tendo que considerar que esta liberdade está solidariamente ligada ao director do jornal, ou da rádio e televisão, incorrendo este em responsabilidade civil ou criminal quando se não oponha<sup>1444</sup>, e atente-se que recusar uma informação não se pode confundir com uma simples omissão ao dever de informar, essa é uma premissa fundamental.

A Lei de Imprensa 2/99, de 13 de Janeiro, (L 2/99), e de acordo com os princípios constitucionais, estabelece garantias quanto à liberdade de imprensa e estipula a liberdade da empresa ao direito de informar, definindo os direitos dos jornalistas e que consistem na liberdade de expressão e de criação, na liberdade de acesso às fontes de informação, incluindo o direito de acesso a locais públicos e respectiva protecção, ao direito ao sigilo profissional, à garantia de independência e da cláusula de consciência, e ainda ao direito de participação na orientação do respectivo órgão de informação.

O jornalista enquanto produtor de informação deve conceber uma estreita ligação com a ética, pois não se pode desprender da sua consciência, quando o objectivo é informar com veracidade deve obedecer a requisitos como a justiça consciente e racional, observar os fins sociais da profissão com lealdade e admitir a liberdade dos outros com cooperação.

---

<sup>1444</sup> MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, 2005, pág. 436.

O jornalismo não tem em conta apenas o ofício em si, o exercício das funções, mas também deve ter presente a consciência moral do homem, os juízos, os actos, os comportamentos e os direitos do homem, sejam ou não reconhecidos por normas jurídicas vigentes, pelo que, aliados aos deveres fundamentais deve a deontologia ou a moral profissional ser definida como sendo uma parte especializada da ética tendo como propósito, e especialmente no conteúdo, a honra da actividade profissional.

No ordenamento português o jornalista exerce a actividade como ocupação principal e de forma efectiva, permanente e remunerada, em regime de contrato de trabalho<sup>1445/1446</sup>, com um reforço ético e como garantia proibitiva de os jornalistas serem obrigados a exprimir opiniões ou cometer actos profissionais contrários à sua consciência, entre os direitos de personalidade figura também a honra, entendida como a imagem do indivíduo na consciência social, aqui se incluindo, em sentido amplo, o bom nome, a reputação, o crédito.

A violação da honra poderá, nomeadamente, ocorrer quando se promovam juízos ofensivos que levanten suspeitas, interrogações lesivas ou manifestações de desprezo sobre o visado.

Integra ainda os direitos da personalidade a reserva da privacidade, reconduzida à necessidade de salvaguarda da esfera pessoal e interior do indivíduo face a “invasões” externas, que se caracteriza pela possibilidade da pessoa controlar a massa de informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso, o que releva a independência do jornalista perante intimidações da entidade empregadora e que possam por em causa a idoneidade e a boa fé enquanto profissional.

E o artigo 8, do Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei 62/79, de 20 de Setembro, sobre “*sigilo profissional*”, dispõe que “*os jornalistas têm o direito de recusar a revelação das suas fontes de informação (...)*”, e que “*os directores e as empresas de comunicação social não poderão revelar tais fontes quando delas tiverem conhecimento, salvo consentimento expresso do interessado*”.

---

<sup>1445</sup> É importante notar que, embora sob regime de contrato de trabalho, os jornalistas e os colaboradores literários não estão sujeitos ao mesmo tipo de subordinação jurídica que os demais trabalhadores ou seja, não estão numa “*relação de dependência necessária da conduta pessoal (...) na execução do contrato, face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador*”; cfr. MONTEIRO FERNANDES, A.: *Noções fundamentais de Direito do Trabalho*, Vol. I, pag. 37. Os jornalistas e colaboradores literários gozam, no plano dos direitos fundamentais, da liberdade de expressão e criação, que se não aliena como contrapartida da prestação salarial (artigo 37 da CRP).

<sup>1446</sup> Cfr. Cláusula 7, do CCT dos jornalistas.

De onde se conclui uma ajustada articulação entre a Lei de Imprensa e o Estatuto do Jornalista, no que concerne à recusa de revelação das fontes, quer por parte do jornalista, quer por banda dos directores das empresas de comunicação social.

Por outro lado, o numero 6, do Código Deontológico do Jornalista, aprovado em 4 de Maio de 1993, refere que *"o jornalista não deve revelar, mesmo em juízo, as suas fontes confidenciais de informação, nem desrespeitar os compromissos assumidos, excepto se o tentarem usar para canalizar informações falsas"*, salvaguardando desta forma o segredo profissional, individualmente e enquanto autor da investigação e posteriormente da notícia, bem assim como da entidade empregadora.

Porém tal facticidade pode não acontecer, nessa circunstância e colocando a entidade empregadora em causa, ser-lhe-á movido uma qualquer sanção por violação do dever de lealdade? Não nos parece que assim possa acontecer, pois a idoneidade, independência e consciência estão salvaguardados pelo CTP e pela CRP, ainda que possa, deontologicamente vir a ser advertido pela Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERCS), e não passa de advertências, não havendo relatos jurisprudenciais dos tribunais portugueses de situações análogas.

Por sua vez, o Código dos Direitos de Autor, no artigo 174 debruça-se sobre a questão da autoria de prestação jornalística produzida por conta de outrem, em cumprimento de um contrato de trabalho, e o número 4, revela que a obra não assinada, ainda que discriminatória, só pode ser publicada em separado pelo seu autor com autorização da entidade empregadora, o mesmo acontecendo com os trabalhos assinados cujos direitos pertencem ao autor, nos termos do número 1, quando ainda não tenham decorrido três meses sobre a data em que tiver sido posta a circular a publicação em que foram inseridos.

É indiscutível a titularidade do direito dos respectivos autores sobre tais obras, mas perante um contrato de trabalho, e é neste âmbito que o afirmamos apesar da amplitude da autonomia, é um direito essencial, pessoal e indisponível, na medida em que é indissolúvel da situação de autoria, não é redutível a um equivalente pecuniário e não pode isolar-se da pessoa do autor: é absolutamente inalienável, inacreditável e irrenunciável, pois é ao jornalista que pertencem os direitos morais, presumindo a existência do tratamento leal na relação entre as partes.

Entende-se que a deontologia do jornalista se refere primordial e fundamentalmente aos deveres específicos do profissional, e cujas linhas consistem em ter em consideração a lealdade à profissão elegida, delimitada pelas suas actividades próprias, contribuindo para o

seu prestígio e boa fama, o exercício competente e honesto da profissão, tendo presente em todos os casos a dignidade humana, sendo que a lealdade é uma regra razoável da sua própria consciência, apesar de possíveis circunstâncias contrárias ou contraditórias.

O sigilo dos jornalistas é um direito que se recolhe em dois elementos, por um lado, compreendem o exercício da liberdade de expressão<sup>1447</sup> e de revelação de factos, e por outro lado, concerne à reserva de confidencialidade das fontes de informação.

Como direito, o sigilo profissional constitui uma garantia da liberdade de imprensa, tal como a CRP o consagra, contudo, a Constituição não individualiza o segredo profissional, pois o mesmo surge-nos integrado num elenco de direitos nos quais emerge a importância conferida às fontes de informação e à relação que com elas estabelecem os jornalistas. O acesso às fontes e a protecção da independência e do segredo profissional constitui o âmago da liberdade de imprensa, que sem a reserva de confidencialidade das fontes, fica diminuído o estatuto de independência dos jornalistas e comprometido o seu acesso à informação.

Em Portugal, se o juiz acredita que o jornalista deve revelar a fonte, ou seja violar o segredo profissional, é necessário recorrer ao Sindicato dos Jornalistas para decidir o que deve ser feito, e se a entidade negar o pedido de revelação da fonte, é possível recorrer ao Supremo, e aí será decidido o que o profissional de imprensa deverá fazer, sob a pena de responder por crime caso se negue a depor.

A questão pertinente é apreciar a subordinação do dever de lealdade dos jornalistas, e apaz-nos referir no que diz respeito ao empregador, administrador ou director editorial, estes não podem, e salvo autorização escrita do próprio jornalista, divulgar os preceitos que determinaram a livre independência jornalística, e muito menos as fontes que foram utilizadas, e tal como estipula o artigo 13 do CDP, não podem os jornalistas ser constrangidos a expressarem-se ou subscreverem opiniões *“nem a abster-se de o fazer, ou a desempenhar tarefas profissionais contrárias à sua consciência, nem podem ser alvo de medida disciplinar em virtude de tais factos”*, e têm o direito de se opor à publicação ou divulgação dos seus trabalhos, ainda que *“não protegidos pelo direito de autor”<sup>1448</sup>, em órgão de comunicação social diverso daquele em cuja redacção exercem funções, mesmo que detido pela empresa ou grupo económico a que se encontrem contratualmente vinculados, desde que invoquem, de forma fundamentada, desacordo com a respectiva orientação editorial”*.

<sup>1447</sup> Acórdão do TRP 5296 de 21 de Março de 2007, em que refere sumariamente que: “(...) A liberdade de expressão, como direito fundamental dos jornalistas e da imprensa, tem como único limite a esfera da honra do visado”.

<sup>1448</sup> O direito de autor é um dos *Direitos do Homem* consagrados na Declaração Universal de 1948 e é, entre nós um direito fundamental consagrado no artigo 42 da CRP.



A rescisão do contrato de trabalho pode e deve ser exercido, sob pena de caducidade, nos 30 dias subsequentes à notificação da deliberação da ERCS, que deve ser tomada no prazo de 30 dias após a solicitação do jornalista, sendo que em caso de litúgio, cabe à própria ERCS a resolução.

Os direitos dos jornalistas estão na proporcionalidade aos deveres que lhe assistem sendo de realçar que o respeito pela ética profissional é corolário que se ramifica pelo dever de respeito, reserva da intimidade e privacidade e lealdade, não só perante o público mas também e sobretudo diante da entidade empregadora, sem prejuízo civil ou criminal, e apesar de uma qualquer violação deontológica, não o iliba de sanção laboral prevista no CTP, se for o caso.

Embora a liberdade de imprensa deva respeitar no seu exercício, o direito fundamental do bom nome e da reputação, o jornalista não está impedido de emitir opinião alicerçada em factos verdadeiros ou que tenha como verdadeiros em séria convicção, desde que justificados pelo interesse público na sua divulgação, podendo este direito prevalecer sobre aquele, desde que adequadamente exercido<sup>1449</sup>, todavia a liberdade expressão tem limitações, e como refere a jurisprudência<sup>1450</sup>, a consagração deste direito traduziu-se numa evolução centrada no princípio da tolerância através do qual se procurou proteger os aspectos mais invioláveis do ser humano, nomeadamente os que dizem respeito às decisões de consciência.

O artigo 20 da CE inclui a liberdade de informação com um carácter de certa forma ambíguo, pois não se reconhece liminarmente a diferença com a liberdade de expressão, porém está implícita a clausula de consciência e o segredo profissional<sup>1451</sup>, que de certo modo permite ao jornalista uma defesa perante o contraditório.

A cláusula de consciência do jornalista tem um desenvolvimento na Lei 2/1997 de 19 de Junho (L 2/97), que lhe permite a rescisão do contrato de trabalho em situações em que o trabalhador reconheça uma mudança significativa da orientação informativa ou ideológica contrária à orientação inicial ou que envolva o próprio jornalista.

<sup>1449</sup> Acs. STJ de 26/09/2000, in CJ/STJ, 2000, 3º, 42; de 17/10/2000, in CJ, 2000, 3º, 78; de 18/10/2005, in CJ/STJ, 2000, 3º, 78; de 27/01/2010, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1450</sup> Cfr. Acórdão do STJ 03A2249: “(...) a concreta factualidade e ao circunstancialismo, temos por inarredável a conclusão de que foram ultrapassados os limites lógicos e racionais do direito de crítica e livre expressão admissíveis no âmbito da ‘luta política’, limites esses aferidos pelos contornos que se deixaram esboçados. Entende-se, pois, que as afirmações proferidas ao articulista, com a consciência de denegrir a credibilidade do Autor, são, a esse título, não só manifestamente desproporcionadas e desadequadas à defesa dos interesses que, em concreto (...)”.

<sup>1451</sup> Cfr. a alínea d), do número 1, do artigo 20 da CE.

Um dos debates que actualmente mais vem perturbando o mundo da comunicação social e os meios académicos consiste em saber até que ponto é o mercado ou são os jornalistas a ditar as leis e os critérios na produção e difusão da informação jornalística, ou seja, pretende saber-se se os jornalistas possuem sempre uma esfera de liberdade de decisão que passa pela sua consciência individual, ou, talvez mais precisamente saber-se se os jornalistas são até certo ponto, autónomos e, se o são, até que ponto é que o são verdadeiramente.

Mas, uma questão que é actual será o facto de o trabalhador da informação, enquanto jornalista, possuir um contrato de trabalho que o vincula perante os deveres enquanto trabalhador subordinado, e nesse pormenor apesar da liberdade e independência ser uma garantia constitucional, está subjacente o vínculo de subordinação, mesmo que a motivação destes profissionais resulte da elaboração de informações contrárias aos princípios éticos da informação, tendo e mesmo assim em consideração que a finalidade da L 2/97 é garantir a total independência.

A salvaguarda dos critérios ideológicos, a ética e o direito de opinião<sup>1452</sup> são as grandes finalidades que motivam a actuação do jornalista de forma a alcançar as finalidades da verdadeira cláusula de consciência, e perante as características privadas que assume a função do jornalista, ele por sua vez cumpre uma função de interesse público, e a lei vai neste sentido, ainda que no interesse do lucro, porque a empresa privada tem como corolário esse objectivo -, por vezes a verificação da notícia pode “*pecar*” por algum risco jornalístico.

Contudo e apesar da intelectualidade moral que goza o jornalista vê-se por vezes coarctado da liberdade necessária para a prossecução da informação leal ao público, e não poucas vezes a entidade empregadora ou o superior hierárquico obstaculiza a objectividade da notícia, e neste ponto em causa coloca-se a questão de “*medir*” as competências de quem ordena uma posição contrária, e que lesionam a informação oportuna e verídica do jornalista.

Especificamente o legislador espanhol, ao ter publicado uma legislação própria sobre a cláusula da consciência aperfeiçoou as lacunas e permitiu prescindir dos profissionais dúbios e incaracterísticos na ciência da comunicação social, mas não ficou resolvida a questão, porque os interesses económicos do empregador, podem por tal facto tornar a relação jurídico-laboral inoportuna, seja pela razão de desagrado positivo, seja pelo desagrado que possa estar

---

<sup>1452</sup> CARRILLO, MARC: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 201 e segs.

subsidiariamente relacionada com os patrocinadores publicitários, em parte, um dos garantes económicos da empresa -, e que pode servir de uma causa aparente para a denúncia contratual.

É evidente que qualquer atitude contratualmente desleal, para além de limitar o elemento fundamental da comunicação, democraticamente prevista na CE, coloca a idoneidade intelectual dos profissionais em causa, porque o jornalista é um agente da informação responsável, mas também e sobretudo, porque as agências noticiosas enquanto entidades empregadoras são parte fulcral do exercício do direito constitucional e necessárias para a existência de um sistema democrático, que se preza, diga-se.

Então, poder-se-á pré-concluir que da cláusula de consciência advirá a dignidade e perfeita independência do jornalista, o que concomitantemente lhe assiste o direito de receber e comunicar as informações recebidas de uma forma responsável, ou seja numa estrutura de *“feed-back leal”*.

O artigo 3 da L 2/97 é de particular interesse, pois proíbe a sanção disciplinar, mas na nossa perspectiva, não protege o jornalista, pois a razão jornalística é dissociada da pessoa enquanto profissional isto é, *“protege”* a notícia mas não desresponsabiliza o profissional, o que pode induzir a uma eventual sanção por deslealdade de cumprimento laboral devido a uma circunstância editorial.

Perante o que até este ponto foi referido, os contratos de trabalho entre jornalistas e empresas de comunicação social, têm uma prerrogativa que é o facto do trabalhador poder unilateralmente rescindir o contrato recebendo uma indemnização, tal como prevê o artigo 2 da L 2/79, e como recurso ao estabelecido pelo ETE, correspondente a um despedimento sem justa causa, quando o empregador, ou de quem detém a responsabilidade editorial, quando a orientação ideológica tenha tido alterações substanciais, e o jornalista tenha o ónus da prova de ter sido fustigado na sua *“dignidade e ideologia profissionais”*.<sup>1453</sup>

A evidência deste tema é sobejamente determinante, bastante mais que perante a investigação a que procedemos na legislação portuguesa, para que possamos e em continuidade realçar que a cláusula de consciência permite ao profissional de informação a salvaguarda de uma *“auto-lealdade”* bastante cimentada na *“liberdade ideológica, na ética e no direito de opinião”*.<sup>1454</sup>, quedando a autonomia do jornalista perfeitamente consolidada

<sup>1453</sup> Conforme jurisprudência ratificada pelo TCE nas sentenças 6/1981 de 16 de Abril, e 118/1988 de 20 de Junho.

<sup>1454</sup> CARRILLO, MARC: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 138-139.

através do contrato de trabalho, por uma força assaz determinante que é nem mais o que a CE preconiza.

A jurisprudência espanhola<sup>1455</sup> vem concretizando a importância da cláusula de consciência como direito fundamental, por aplicação do artigo 20 da CE e pela L 2/79, mas também, e salvo melhor opinião bastante mais assertiva, não se pode conceber que uma situação unilateral do profissional da informação, a seu perfeito arbítrio e desnecessariamente por motivos de consciência, possa vir invocar razões indemnizatórias, porque se tal acontecer as razões éticas de que se possa advogar “*colidir*” com o dever de lealdade que está inerente ao contrato de trabalho.

O contrato de trabalho constitui um elemento essencial para uma razão de entendimento e de conjugação do desenvolvimento de propósitos para que foi concebido, e neste caso, e comparativamente a todas as outras formas jurídico-laborais, só ponderáveis adulterados podem quebrar o vínculo.

Aceitamos que um jornalista possa em determinado momento da sua actividade estar em desacordo com a linha editorial e programática da empresa, e terá por tal razão o direito a não se revelar conivente com esse propósito, mas dever-se-á realçar que aquando do ingresso, deve o trabalhador sentir-se devidamente informado dos reais objectivos do órgão de informação com o qual tomou um compromisso, sendo que também sabemos que hoje em dia, é questionável, por razões de desemprego, globalização e precariedade -, a forma de aceitação nem sempre é a mais leal, honesta e íntegra, estando a entidade empregadora sujeita a nefastas selecções e admissões que contrariam os propósitos inicialmente acordados.

Mas será justo que um jornalista se possa negar, por exemplo, a assinar um determinado texto de sua autoria que foi modificado pela sua hierarquia? Viola um dever enquanto trabalhador?

Interpretamos tal factualidade de duas formas, assim, e no primeiro caso, é perfeitamente natural que o profissional se sinta ultrajado no seu íntimo de autonomia científica e investigadora e da sua própria personalidade, e não só pela cláusula de consciência que o protege imperativamente, mas sobretudo pela sua independência e ética profissional.

Quanto ao facto de poder sofrer uma qualquer sanção, por violação do dever de obediência ou lealdade, não opinamos que tal tenha fundamentação dogmática, pelo facto de

---

<sup>1455</sup> Cfr. Sentença do TCE 225/2002, de 9 de Dezembro de 2002, publicada no BOE-T-2003-594, no número 9 de 10 de Janeiro de 2003, págs. 4-8.

ser um direito fundamental que lhe assiste, e bem assim pela razão da liberdade de expressão ser um elemento constitutivo do direito de informação.

Para além da cláusula de consciência, o dever de segredo, e sendo em tudo similar ao preceituado em outras categorias profissionais, tem também uma relevância a salientar, pois e em virtude de muitas das vezes receberem informações confidenciais, de uma transcendência reveladora, obrigam-se perante terceiros.

E esses terceiros podem ser os próprios informadores como também os tribunais, e nesta conjuntura pode o profissional de informação escusar-se a testemunhar por razões de segredo profissional<sup>1456</sup>, ainda que não regulado na especialidade, vem sido tratado pela jurisprudência espanhola<sup>1457</sup> com algum cuidado, pois as limitações onde se inicia o conceito e onde termina estão numa fase dúbia.

#### ***8. O dever de lealdade nos contratos de trabalho de professores de religião em centros públicos***

*“O professor de Religião é considerado por muitos docentes, e por um sector da sociedade, como um professorado especial e um tanto marginal”*<sup>1458</sup>, e de facto assim é caracterizado, ou simplesmente não se alude à sua existência, ou ainda porque ele próprio se auto-isola.

Através da revisão da Concordata entre a Santa Sé e o Estado português, em 18 de Maio de 2004, ficou estabelecido nos números 3, 4 e 5 do artigo 19, os requisitos do ensino da religião e moral nos estabelecimentos de ensino público, estipulando que a nomeação, contratação, transferência e exclusão dos docentes<sup>1459</sup> seria da inteira responsabilidade do Estado, de acordo com as autoridades eclesásticas.

A liberdade religiosa em Portugal apresenta um dupla dimensão, ou seja, através da dimensão negativa, e tal como prevê o número 2, do artigo 41 da CRP, refere *“que ninguém*

<sup>1456</sup> GODERCH SALVADOR, P.: *El Secreto Profesional de los Periodistas*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 18, em que refere: *“(...) o direito ao segredo profissional, para os profissionais da informação, consiste em não revelar as fontes da mesma, não prestar declarações perante os juízes sobre factos revelados nas suas informações e não entregar os "carnets" pessoais de notas, fitas magnetofónicas e demais material informativo que tenham utilizado”*.

<sup>1457</sup> Cfr. STC 21/2000 de 31 de Janeiro.

<sup>1458</sup> LÓPEZ ARTACHO, R.: in *Revista Bordón*, Vol. 58, 4-5 (2006-673-386), Outubro de 2007; Consulta efectuada em [www.tripod.es](http://www.tripod.es). em 29/01/2013.

<sup>1459</sup> O Código de Direito Canónico (CIC) define e sintetiza o professor do ensino religioso numa qualidade: a excelência: *“seja excelente pela recta doutrina, pelo testemunho cristão e pela capacidade pedagógica”* - CIC 804,2.

*pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou práticas religiosas*”, reforçado que está pelo princípio da igualdade através do artigo 13 da lei fundamental.

A dimensão positiva prevista no número 1, do artigo 41, acentua a liberdade da religião e do culto, pelo que fica deste modo garantida a liberdade do ensino de qualquer religião, tal como revela o número 5 do referido preceito legal.

Sendo que a frequência da disciplina de religião católica e educação moral é facultativa, a representatividade do catolicismo português faz com que exista nas escolas públicas um elevado número de alunos, bem como a própria Concordata existente monopoliza essa mesma docência.

Daí que a Igreja Católica invista na formação de professores, em virtude de ter a obrigação do estipulado na Concordata de habilitar um corpo docente capaz de fazer face às necessidades, e não se julgue que existe um conflito de interesses, pois os encargos com as retribuições fica sob a tutela do Estado.

Merece-nos a atenção necessária, porque sendo os professores propostos pelos bispos, e nomeados pelo Ministério da Educação, persiste um critério de selecção tendo em ponderação todos os aspectos legais que passam pela qualificação pedagógica e científica, e entre outras pelo cumprimento estrito das disposições disciplinares reflectidas pela Lei 58/2008 de 9 de Setembro (EDFP), porém, compete ao departamento de Educação Moral e Religiosa Católica (EMRC), o apoio contínuo e avaliação de qualidade da actividade docente, logo e solidariamente responsáveis com o comportamento dos professores.<sup>1460</sup>

A liberdade de confissão é constitucionalmente<sup>1461</sup> protegida e desta forma, garantindo a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, sendo que a consagração de tais direitos obriga a que o Estado, na salvaguarda do princípio da igualdade, crie condições de tratamento idêntico às confissões religiosas implantadas em Portugal, de acordo com a sua expressão social, com vista a garantir o ensino dos seus princípios orientadores, de ordem moral e religiosa, a predominância no ensino público é substancialmente superior, sendo que a metodologia é em tudo semelhante para as religiões professadas no universo de ensino, como a doutrina jurisprudencial<sup>1462</sup> o reflecte.

<sup>1460</sup> Devendo esforçar-se por ser competente nos domínios científico e pedagógico, *in* perfil do professor de Educação Moral e Religiosa Católica (EMRC).

<sup>1461</sup> Cfr. Acórdão do TCP 00003844 de 17/2/1993.

<sup>1462</sup> O Acórdão do TRL de 15 de Fevereiro, vem impugnar o despedimento de um pastor, sendo que uma das razões do despedimento foi o facto do pastor não ter cumprido o previsto na Estrutura Financeira da Igreja que estabelece que os pastores em exclusividade devem anualmente entregar à IEPP, em cada ano, comprovativo

Em caso de nomeação do Pároco da freguesia ou outra pessoa idónea, como prevê a alínea b), do número 9 do artigo 14, não determina, em nenhum caso, a constituição de vínculo à função pública, conforme o artigo 19 da Portaria 333/86 de 2 de Julho.

Os professores da disciplina de Religião fazem parte do corpo docente dos estabelecimentos de ensino em que prestam serviço, gozando dos direitos e deveres inerentes à sua função docente, como estipula o número 2, do artigo 5 do Decreto-Lei 323/83 de 5 de Julho.

E este contrato de trabalho em funções públicas pode cessar por decisão unilateral de uma das partes ocorrendo justa causa, isto é, ocorrendo qualquer situação capaz de em concreto, suscitar a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, e quando a decisão unilateral de fazer cessar o contrato for da entidade empregadora pública o despedimento pode fundamentar-se em motivos diversos e pressupõe sempre a observância de um processo regulado por lei, como veremos adiante.

É indubitável que o professor de religião, é em termos de proposição indicado pelo bispo da diocese, mas não por tal facto que exista uma intromissão da Igreja no Estado, pois podemos constatar uma perfeita separação de poderes, realçando-se em última instância, que cumpre ao Estado a manutenção ou extinção do vínculo laboral, porque o princípio da cooperação com a Igreja está implícito através do artigo 5 da Lei 16/2001<sup>1463</sup> de 22 de Junho, tendo em vista a promoção dos direitos humanos, liberdades e tolerância, isto é admite-se a primazia no cumprimento dos deveres a que professor está obrigado.

Esta situação dos professores de religião e moral esteve imprecisa até final de 1989, não dispondo de qualquer garantia, pois eram contratados administrativamente, habitualmente pelo período de um ano lectivo -, apesar de que a devoção católica reflectia-se na dedicação docente, o que diga-se, era em nossa opinião pouco dignificante, e não se nos cingimos à religião católica pelo facto de ser predominantemente monopolizadora, pois outras religiões praticadas em Portugal são ministradas em escolas privadas ou em centros religiosos perfeitamente autónomos.

---

fiscal dos rendimentos declarados e 'acusou' o pastor de receber "outra remuneração de uma entidade eclesiástica que ele mesmo criou". Mais se acusou o pastor de ter faltado a reuniões nacionais; o Tribunal do Funchal declarou ilícito o despedimento (por prescrição do procedimento disciplinar) e condenou a Igreja Evangélica Presbiteriana de Portugal, (IEPP) a pagar ao pastor todos os vencimentos até à data do despedimento e vem revelar o acórdão, que " (...) no âmbito do CTP, para se poder invocar validamente a justa causa de despedimento, continua a ser necessária a verificação cumulativa dos seguintes requisitos: comportamento culposo do trabalhador; a impossibilidade de subsistência da relação laboral; a relação de causalidade entre aquele comportamento e a referida impossibilidade".

<sup>1463</sup> Lei da Liberdade Religiosa.

A alteração surgiu com o Decreto-Lei 407/1989 de 16 de Novembro, e proporcionou a integração destes professores no quadro pedagógico do ensino público, passando assim a usufruir de todos os benefícios da categoria docente e obviamente ao procedimento disciplinar o que determinou um vínculo laboral de características administrativas.

Mas o legislador ao pretender definir a carreira docente destes profissionais em relação a eventuais acumulações de disciplinas, por habilitação própria -, criou um problema com a entrada em vigor do Decreto-Lei 329/1998 de 2 de Novembro, e o que permitiu que com essa mesma acumulação ampliou os critérios pedagógicos que vão para além do ensino da religião, numa situação ambígua de procedimento pedagógico, isto é, um professor a leccionar uma disciplina de Sociologia ou Direito da Família, teria ou poderia ter, perspectivas dogmáticas que se podiam tornar antagónicas numa perspectiva de atitude principal, que era a docência de Religião e Moral, e como tal distorcidas com o ideal católico.

Assim, e tendo sido indicado pelo bispo, poder-se-ia colocar a questão da quebra de lealdade por incompatibilidades dogmáticas?

Na realidade a Lei da Liberdade Religiosa resolveu essas discrepâncias até aí existentes no ensino religioso nas escolas públicas, porque sendo esta disciplina uma opção, os profissionais incumbidos da ministrar passaram a poder manter uma independência, não só na acumulação<sup>1464</sup>, mas sobretudo pela multidisciplinaridade religiosa existente em Portugal.

As Igrejas e demais comunidades religiosas ou organizações de crentes passaram a requerer ao Estado que lhes seja permitido ministrar o ensino religioso que professam.

Após estas notas, necessárias para melhor entendimento desta categoria profissional, há que estipular o envolvimento no ensino de uma religião, e em Portugal já referimos que predomina a religião católica -, na relação jurídico-laboral que emerge, e a analogia dos deveres dos professores de religião e moral.

Os professores são contratados seguindo os pressupostos de admissibilidade previstos no CTP, ou seja, através de contratos de trabalho a termo resolutivo, e sob a alçada do Estado numa perspectiva de admissão, manutenção e extinção.

Na verdade os professores de religião e moral estão subordinados às regras dos funcionários públicos, e como tal, entre vários deveres devem a sua conduta em não retirar vantagens directas ou indirectas das funções que exercem em total independência nas relações e interesses particulares de qualquer índole, numa perspectiva de igualdade entre todos os discentes, e apesar de que sejam essas aulas facultativas, atitudes reforçadas pelo dever de

<sup>1464</sup> Cfr. o número 4, do artigo 24 da Lei da Liberdade Religiosa, e que proíbe a docência de outras disciplinas.



lealdade que deriva de certo modo, do princípio constitucional da subordinação ao interesse público.

Em toda a sua actividade, os professores devem usar da máxima lealdade nas suas relações funcionais, evitar o descrédito dos serviços docentes e da instituição, e a suspeita sobre si próprios e sobre a Administração Pública, e esforçar-se por ganhar e merecer a confiança e consideração dos cidadãos pela sua integridade.

Nos termos da CRP, a Administração Pública (AP) tem como objectivo a prossecução do interesse público, conforme o número 1, do artigo 266 da CRP, estando desta forma os trabalhadores da AP, onde se incluem como já o consolidámos, os professores de religião -, ao serviço do interesse público<sup>1465</sup>, e o fundamento do poder e direito disciplinar resultará da “*junção do justificativo da disciplina (...), qual seja a garantia da prestação laboral (...)*”.<sup>1466</sup>

A sujeição a que os professores são disciplinarmente responsáveis perante os seus superiores hierárquicos, está vertida no artigo 4, do Estatuto Disciplinar (EDFP)<sup>1467</sup>, sendo a regra de que os trabalhadores ficam sujeitos ao poder disciplinar desde a aceitação da nomeação, a celebração do contrato ou a posse, ou desde o início legal de funções, quando este anteceda aqueles actos, isto é, disciplinarmente responsável quem serve, e enquanto serve, a função pública e unicamente por factos consumados durante o respectivo exercício.

A comprovar este entendimento, refere-se no número 4, do artigo 4 do EDFP que a cessação da relação jurídica-laboral público ou a alteração da situação jurídico-funcional não impedem a punição por infracções cometidas no exercício da função.

A lei é bem precisa quando afirma que se considera infracção disciplinar o comportamento do trabalhador, por acção ou omissão, ainda que meramente culposos, que viole deveres gerais ou especiais inerentes à função que exerce, prevendo precisamente na alínea g), do número 1, do artigo 3 do EDFP, o dever de lealdade e que consiste em desempenhar as funções com subordinação aos objectivos do órgão ou serviço.

Os professores, como aliás qualquer trabalhador subordinado está sujeito ao cumprimento das normas éticas, deontológicas e laborais, e como tal, sujeitos ao poder disciplinar, pois há que consolidar que pelas atribuições de que estão investidos, lhes garante

<sup>1465</sup> NEVES FERNANDA, A.: *Relação Jurídica de Emprego Público*, Coimbra Editora, 1999, págs. 255-266.

<sup>1466</sup> *Ibidem*.

<sup>1467</sup> Lei 58/2008 de 9 de Setembro - Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (EDFP).

uma obrigação básica acrescida no desempenho diligente e leal da função para a qual foram escolhidos e posteriormente nomeados.

O dever de obediência destaca-se pelo cumprimento de um programa que por um lado tem a tutela da instituição religiosa, e por outro lado é pedagogicamente tutelado pelo Estado, sendo este que aprova o programa.

Por outro, a natureza fiduciária e pessoal da relação jurídico-laboral origina a necessidade de observar uma série de condutas que, pela sua incidência nos objectivos da organização, devem ser também garantidas disciplinarmente, e este tipo de condutas costuma reconduzir-se ao dever de lealdade, do qual derivam exigências de conteúdo diverso mas que sinteticamente podem resumir-se na obrigação de não prejudicar os interesses da instituição de ensino, “*podendo mesmo afectar, dentro de certos limites, a vida privada do trabalhador*”.<sup>1468</sup>

A legislação espanhola garante através do artigo 16 da CE a liberdade ideológica, religiosa e de culto a todos os indivíduos, e vinca através do número 3, que os poderes públicos devem manter uma cooperação com a Igreja Católica e outras confissões, instaurando desta forma o princípio da cooperação.

E foi precisamente através deste preceito constitucional que o Estado espanhol celebrou acordos com a Santa Sé, Comissão Islâmica, entidades Evangélicas e hebraicas, com reflexo normativo<sup>1469</sup>, às que é reconhecida a capacidade de designar professores para o ensino religioso.

O artigo 2, do Real Decreto 696/2007 de 1 de Junho (RD 696/07), começa por definir o regime contratual dos professores<sup>1470</sup> de religião remetendo para o ETE, e serão contratados salvo as excepções previstas no artigo 4, através de contratos de trabalho sem termo.

A questão premente que se coloca, e o mesmo se passa em Portugal, é entre outras a questão da idoneidade, e na verdade a concepção de idoneidade moral é demasiado ampla e extrapola os limites de declaração da autoridade da confissão religiosa a que o docente se encontra vinculado.

É evidente que haverá incontestavelmente, na conceituação de tal instituto, uma margem de subjectividade muito significativa, visto que não há uma definição absoluta, ademais de não ser qualquer ilícito passível de se caracterizar como falta de idoneidade moral.

<sup>1468</sup> LAVO MARINA, B.: *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 27-30.

<sup>1469</sup> Cfr. publicação no BOE de 12 de Novembro de 1992.

<sup>1470</sup> Cfr. Lei Orgânica 2/2006 de 3 de Maio.

Segundo os cânones da lealdade e da boa fé, a Administração deverá de proceder com sinceridade e lealdade, sendo-lhe interdito qualquer comportamento viciado de astúcia, produzindo de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos, e no caso em particular dos professores de religião.

A Lei Orgânica 2/2006 de 3 de Maio, veio introduzir na disposição adicional terceira, do artigo 155, acentuando que os professores que leccionem a disciplina de religião nos estabelecimentos públicos fá-lo-ão no regime de contratação em conformidade com o ETE e com as respectivas administrações competentes, sendo que a regulamentação do regime laboral estará em consonância com os representantes dos professores, o que nos induz, e para já numas particularidades, se não peculiares, pelo menos controversas, ou seja, os professores de religião são propostos pela entidade religiosa a que pertencem, por sua vez não lhes é reconhecido um carácter satisfatório e específico por parte do ETE, o vínculo contratual dependerá das Administrações competentes, e estão disciplinarmente sujeitos a uma “tríade”.<sup>1471</sup>

Assim a extinção contratual pode ser resolvida unilateralmente pela entidade religiosa por qualquer inidoneidade, pela administração competente por qualquer ineptidão pedagógica, e ainda pelos requisitos que motivam a extinção da relação laboral previstas no ETE, estando todas elas previstas no artigo 7 do RD 696/07.

Esta norma que regula a relação laboral indefinida, ou sem termo -, dos professores de religião, estabelece que a idoneidade eclesial possa resolver o contrato, porém fica salvaguardada a premissa de que, ainda que seja legítima, deve obedecer aos pressupostos do ETE, tornando a relação jurídico-laboral dos professores perfeitamente consolidada no regime jurídico espanhol, não só pela lei, mas também e sobretudo pela jurisprudência.<sup>1472</sup>

<sup>1471</sup> O TSE determinou que os professores de religião e moral católica de centros de ensino público, mantêm uma relação laboral com o Ministério da Educação e Cultura, que é, por conseguinte a entidade empregadora, cfr. Estabelece o STS de 27 de Abril de 2000, e o STS de 18 de Setembro de 2000, entre outros.

<sup>1472</sup> Cfr. Sentença do TSE (Sala 4), Madrid, de 7 de Março de 2012, em que se reafirma: “(…) *La relación laboral de los profesores de religión católica, sin llegar a ser una relación especial a los efectos del artículo 2.1.j) del ETE, se configura de modo "objetivamente especial", pese a lo cual, en términos generales, les resulta de aplicación la regulación de Estatuto, pero también otras normas que, en determinados extremos, tienen un contenido diferente. Este es el caso de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 2/2006, según la cual, las Administraciones competentes determinarán la duración de la jornada de los profesores de religión a la vista de las necesidades de cada centro cuando se inicia el curso escolar. Esto supone que la fijación de la jornada se puede efectuar sin acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el art. 41 del ETE, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, como es la variabilidad de la jornada en atención a las necesidades de los centros y de la especificidad de la disciplina impartida*”.

Do ponto de vista do Direito do Trabalho em vigor, isto é, sem nos limitarmos aos conceitos dogmáticos dos contratos de trabalho segundo o regime especial, a conduta leal que deve sobressair da relação jurídica-laboral não se compadece com os valores que estão subjacentes aos princípios e valores que determinam as obrigações do contratante, e no caso em apreço da entidade que reconhece o vínculo de docência, o que é determinante para que a entidade que estabelece o enlace do posto de trabalho tenha que estabelecer os direitos que estão consolidados constitucionalmente ao professor de religião, sendo que corrobora de incumprimento qualquer tendência religiosa ou ideológica contrária ao postulado da contratação, e desta forma numa clara deslealdade com o constitucionalmente previsto, mas também e sobretudo com os deveres para aos quais está obrigado em termos de regras laborais.

Não deixa de ser interessante verificar que o TEDH reconheceu, pela primeira vez, que a liberdade religiosa que impendia sobre um bispo de Cartagena, e pelo facto de ter prescindido dos serviços de um professor de religião por não reunir os requisitos de idoneidade, lhe foi dada razão, isto é, a proposta de idoneidade assente numa lealdade inicial não é, nem pode ser determinante para a consolidação de um vínculo contratual, mas também o não será o simples facto dessa idoneidade, que jamais pode ser medida -, ser factor de relevância sistémica para a perda de confiança pedagógica de um professor de religião, e a jurisprudência espanhola sustenta, e com razão, que a unilateralidade já por si é abusiva, que a simples denúncia de um contrato de trabalho por questão de inidoneidade não é suficientemente consistente.<sup>1473</sup>

Repare-se que um professor de religião está sujeito, a um contrato de mandato da entidade eclesiástica que o promove, e este mandato inculca uma relação de confiança entre o mandante e o mandatário o que implicitamente determina que este último tenha uma conduta de garantia do objecto da matéria educativa, e daí que seja livre de outorgar ou retirar esses requisitos<sup>1474</sup>, e esta transcendência foi corroborada pela jurisprudência.<sup>1475</sup>

O que se torna evidente e perante o que até agora foi exposto, ainda que sucintamente, os “*privilégios*” que os professores de religião auferem nas relações contratuais estão condicionadas a um dever de lealdade prioritariamente de ordem religiosa, e daí que o preâmbulo da proposta de nomeação, e reconhecemos os condicionalismos a que está sujeito pelo “*mandante*”, torna que o campo de manobra estipule desde logo uma certa

<sup>1473</sup> Cfr. Sentença do RTC 51/2011 de 14 de Abril.

<sup>1474</sup> Também, e neste sentido OTADUY, J.: §54, *Aranzadi Social*, nº 14, Novembro de 2000, pág. 37.

<sup>1475</sup> Cfr. STS 38/2007 de 15 de Fevereiro.

mensurabilidade, ou seja, “ou reúne os requisitos para ser candidato e se obriga a cumpri-los”, ou liminarmente é afastado, ainda que o ETE o possa proteger, o que digamos, não vislumbramos como hipótese genericamente credível e consensual.

A jurisprudência<sup>1476</sup> constitucional espanhola vem assinalando que o critério religioso não pode prevalecer enquanto tal, e perante os direitos fundamentais do cidadão vinculado por um contrato de trabalho e na qualidade de professor de religião, pois se assim fosse entrar-se-ia na intimidade do trabalhador, salvaguardada que esteja a possibilidade de que “sejam os professores a decidir concorrer ou manter um posto de trabalho”<sup>1477</sup>, pelo direito de liberdade e igualdade que lhes assiste, e na mesma senda se pronunciou o TCE através da sentença 128/2007<sup>1478</sup> e ressaltando que a neutralidade ideológica no ensino público, de forma a que o professor mantenha essa mesma neutralidade renunciando de qualquer forma uma “atitude doutrinariamente ideológica”.<sup>1479</sup>

A obrigação de lealdade da entidade empregadora para com o professor de religião, e vice-versa, sintetiza-se numa obrigação de lealdade não só contratual como espiritual da relação que subjaz ao contrato de trabalho, com um corolário simbiótico entre as convicções religiosas e a ética que envolve esta relação jurídica, ou seja, o dever de lealdade preceitua uma dimensão de índole negativa que em último caso, se manifesta pela abstenção de sentimentos.

E tal acompanha a legislação e jurisprudência em Portugal, porque a lealdade aos princípios não se adquire com a continuidade, e quedar esse privilégio a uma entidade, torna o raciocínio de aplicabilidade deveras questionável.

<sup>1476</sup> Cfr. sentença do TCE 38/2007, de 15 de Fevereiro de 2007.

<sup>1477</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Libertad religiosa, contrato de trabajo e docencia de religión*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Cevitas, nº 138, 2008, pág. 289.

<sup>1478</sup> Sobre o (assunto J.A. Fernández Martínez C. Obispado de Cartagena); Depois de um longo itinerário judicial, o TCE decidiu que as autoridades da Igreja Espanhola não tinham violado nenhum direito fundamental, pelo facto de não terem renovado a sua proposta para continuar como professor de religião, uma vez assente a sentença, o interessado recorreu ao TEDH, reiterando as suas pretensões e entendendo vulnerados os seus direitos fundamentais a não ser discriminado, à liberdade de expressão e à intimidade pessoal e familiar, entre outros argumentos; esta importante sentença do TEDH deixou claro para toda a Europa que, que no ensino público, bem como nos centros privados), convivem vários direitos fundamentais e, pelas particularidades próprias do ensino da religião, devem ter preferência os direitos das Confissões religiosas para seleccionarem os seus trabalhadores e os direitos dos pais e dos menores de idade, aos direitos do professores a uma pretendida liberdade de expressão ou estabilidade no seu posto de trabalho. Cfr. Sentença do TEDH, Affaire Fernández Martínez c. Espagne, (Requête no 56030/07) de 15 de Maio de 2012.

<sup>1479</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Libertad religiosa, contrato de trabajo e docencia de religión*, Revista Española de Derecho del Trabajo, Cevitas, nº 138, 2008, págs. 277 e ss.

### 9. O dever de lealdade nos contratos de trabalho dos empregados públicos

Os empregados públicos, no exercício das actividades que desempenham, devem agir de forma leal, solidária e cooperante, atitudes que constam nos Princípios Éticos da Administração Pública portuguesa e espanhola, devendo colaborar com os cidadãos e com os colegas de trabalho, segundo o princípio da boa fé tendo em vista a realização do interesse da comunidade e fomentar a sua participação na realização das actividades administrativas.

A lealdade dos empregados públicos é inquestionavelmente uma exigência ética, porém, coloca-se uma questão, como é que devem ser leais?

Bem, sendo os empregados públicos uma estrutura profissionalizada que tem como objectivo a prestação de serviços públicos, ao Estado e aos cidadãos, é por si só uma obrigação de assegurar um sistema administrativo que releva uma atitude de lealdade,<sup>1480</sup> reflectida que está no interesse público e despersonalizado, com responsabilidade moral e no estrito cumprimento da lei, e sendo que no regime laboral comum não existe qualquer limite ao exercício de actividades profissionais para além do que é imposto pelo dever de lealdade e de não concorrência, considera-se, por outro lado, que pode ser estipulada uma cláusula de exclusividade, a qual, todavia, será livremente revogável a todo o tempo pelo trabalhador.

O regime jurídico dos empregados públicos é regulado pela Lei 59/2008 de 01 de Janeiro (RCTFP), e prevê no artigo 5, a liberdade contratual salvaguardados que estão os direitos da personalidade constitucionalmente instituídos pela CRP, mas é de realçar que e quando a AP recorre à contratação através do regime contratual implícito no CTP, passa a actuar despojada de autoridade<sup>1481</sup>, e logo segue o regime comum, ou concomitantemente pelas regras enunciadas nos dois diplomas, o RCTFP e CTP.

É dimensionado o elenco de situações que podem determinar a celebração de contrato de trabalho a termo resolutivo certo, como seja a substituição de empregado, agente ou trabalhador, ausente por diversos motivos, para assegurar necessidades públicas prementes de funcionamento, ou para execução de tarefa ocasional ou serviço determinado definido e não duradouro, e ainda para o exercício de funções em estruturas temporárias, para fazer face ao aumento extraordinário e transitório da actividade, e ainda para o desenvolvimento de

<sup>1480</sup> A jurisprudência do TEDH acentua que os empregados públicos, por razões de lealdade ao Estado, (caso VOGT, de 26/09/1995, a. 323, par. 53 e 59), podem estar sujeitos a restrições à sua liberdade de expressão, sendo que a limitação mais frequente incide sobre a liberdade de expressão política, (caso AHMED, de 02/09/1999, Rec. 1998, IV, par. 51 e 55).

<sup>1481</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 65.

projectos não inseridos nas actividades normais, quando a formação dos trabalhadores envolva a prestação de trabalho subordinado, permitindo ainda, para a maior parte das situações, a contratação através de contrato de trabalho a termo incerto.

A Lei 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, vem posteriormente estabelecer os regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas, e o legislador adoptou uma redacção mais extensa, estabelecendo no número 3, do artigo 9, que o contrato enquanto acto bilateral, nos termos do qual se constitui uma relação de trabalho subordinado, pode ser celebrado no regime de contrato administrativo de provimento e de contrato de trabalho em qualquer das suas modalidades, o que diga-se, tem sido uma prática que, ou por falta de provimento administrativo ou pela modalidade a termo resolutivo, não tem sido prática comum o que em parte se compreende pela constante emagrecimento da função pública portuguesa<sup>1482</sup>, preferindo a AP pela contratação “outsourcing” ou pela modalidade de “estagiários”.

Esta Lei veio reduzir para duas as modalidades de vinculação de emprego público, por um lado a vinculação através de contrato de trabalho na AP para carreiras que não estejam relacionadas com cargos de autoridade, e por outro o vínculo através de nomeação em carreiras relacionadas como exercício do poder, dispondo contudo o artigo 9, as modalidades da relação jurídica de emprego público, sendo possível esta constituir-se por nomeação, por contrato de trabalho em funções públicas e por comissão de serviço.

Da interpretação deste preceito não restam dúvidas de que o contrato de trabalho do empregado público é um negócio jurídico contratual<sup>1483</sup>, onde os contratantes têm a liberdade de celebração e estipulação, podendo negociar a própria retribuição -, e de facto se faltasse a liberdade de estipulação estaríamos perante um mero acto jurídico, porque a inexistência da

<sup>1482</sup> “La escalada del déficit público -que, como se dijo, alcanzó en 2010 casi el 10% del PIB- condujo a la adopción, en ese año, de un conjunto de medidas destinadas, exclusivamente, a garantizar la reducción de ese déficit, sobre todo a través de la ‘disminución del gasto de personal en ejercicio de funciones públicas’. Este contingente abarcaba no sólo los funcionarios del Estado y de otras entidades públicas, sino también los trabajadores de las empresas públicas, en su mayor parte con contratos de trabajo regidos por la ley general”. Cfr. MONTEIRO FERNANDES, A.: *El impacto de la crisis en la situación laboral portuguesa*, in Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 33, 2013, pág. 283.[acesso em 17 de Fevereiro de 2013].

<sup>1483</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *O contrato de trabalho na reforma da Administração Pública*, Questões Laborais, Ano XI, nº 24, Coimbra, 2004, pág. 131; e refere a autora que: “(...) tratar-se não só de uma mera adaptação das normas do CTP ao contrato de trabalho na AP, mas da elaboração de um regime totalmente novo, no quadro da função pública em sentido amplo, e que pretendeu conciliar princípios fundamentais do domínio laboral e preservar a natureza do contrato objecto desta lei com princípios fundamentais da actividade do Estado e da Função Pública, independentemente da natureza do vínculo que titule o desempenho dessa actividade.”

faculdade de se poder seleccionar, para além da presença de determinados efeitos jurídicos, o seu padrão, é específico deste tipo de actos, e não perante um negócio jurídico.<sup>1484</sup>

Ora, a CRP prevê através dos números 1 e 2, do artigo 269, numa “*aproximação*”<sup>1485</sup> do regime jurídico dos empregados públicos ao regime dos trabalhadores de entidades privadas, e tal é reforçado pelo número 3, do artigo 63, ou seja, invariavelmente onde o empregado público exerça a sua actividade, ser-lhe-á considerado para efeitos de cálculo de reforma todo o tempo trabalhado, seja na função pública, seja no privado, porém a doutrina constitucional estabeleceu a incompatibilidade entre o público e o privado por forma a garantir o princípio da imparcialidade, reforçado que está no número 2, do artigo 266 da CRP, e da neutralidade<sup>1486</sup>, e compreende-se que lhe seja vedado o desempenho nas duas vertentes laborais tendo em consideração a salvaguarda das partes.

O empregado público ao ser admitido através de um contrato de trabalho a termo resolutivo assume o cumprimento de um conjunto de acções limitadas e definidas, o que em parte, condiciona o compromisso de lealdade no futuro, isto é, o trabalhador acaba por cumprir as obrigações que lhe são atribuídas em troca de uma compensação económica demarcada no tempo, pois o futuro indefinido na AP configura-se uma meta intransponível, na actualidade, e perspectiva-se a longo prazo, é pelo menos é a nossa convicção.

E apesar da subordinação a que está sujeito, como aliás está o trabalhador do sector privado, a lei só poderá restringir os direitos fundamentais<sup>1487</sup> dos empregados da AP quando e só quando, esteja em causa a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos, porque se assim não fosse seria um obstáculo perante uma das tarefas prioritárias do Estado.

O regime jurídico-contratual dos empregados públicos representa, hoje em dia, semelhanças evidentes que perante a doutrina laboral portuguesa, faz cada vez mais sentido falar em “*tendências recíprocas de intersecção*”<sup>1488</sup>, e essa semelhança começa por ser evidenciada pelos deveres recíprocos das partes, em que é referido através do número 1, do

<sup>1484</sup> Em sentido contrário ARRIMAR C., e VEIGA E MOURA, P.: *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remuneração dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008, págs. 28 e ss., quando referem que o contrato de trabalho na função pública “*traduz mais um contrato de adesão*”, invocando o artigo 81 da Lei 12-A/2008.

<sup>1485</sup> MIRANDA J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007, pág. 620.

<sup>1486</sup> Carta Deontológica do Serviço Público, Resolução do Conselho de Ministros 18/93 de 17 de Março, Publicado no DR – I Série –B, nº 64, págs 1272 -1273.

<sup>1487</sup> CAUPERS, J.: *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, pág. 103 e ss., em que refere que os trabalhadores têm direito à contratação colectiva, retribuição e protecção no desemprego.

<sup>1488</sup> PALMA RAMALHO, M. R.: *Intersecção entre o Regime da Função Pública e o Regime Laboral – Breves Notas*, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2003.



artigo 86 do RCTFP, que a “*entidade empregadora pública e o trabalhador, no cumprimento das respectivas obrigações, assim como no exercício dos correspondentes direitos, devem proceder de boa fé*”, em que sobressai que para além do dever de obediência e lealdade, têm uma preocupação claramente vinculativa, para além do zelo no cumprimento da prestação laboral.

E compreende-se que assim seja, pois o grau de exigência não deve ser diferente do regime privado, e como *supra* referimos, a boa fé e lealdade obrigam a cumprir com diligência as funções, e o legislador português previu através da Lei 58/2008 de 9 de Setembro, o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas (EDTFP), evidenciando os deveres gerais no número 2, do artigo 3, os quais, quando infringidos, determinam infracção disciplinar, e ainda reforçado no número 9, que o dever de lealdade consiste no desempenho das funções “*com subordinação aos objectivos do órgão ou serviço*”, mas não se julgue que estamos perante uma simplicidade de dogmática, pois o exercício do poder disciplinar na AP regula-se pelo EDTFP e nos contratos de trabalho a termo resolutivo aplicar-se-ão as regras do CTP, ainda que com remissões quando necessárias ao referido Estatuto.

É consentâneo que tanto a doutrina<sup>1489</sup> como a jurisprudência<sup>1490</sup> admitem a existência de deveres especiais relativos à prossecução do interesse público, pelo que devem os trabalhadores agir com lealdade, total imparcialidade e isenção, donde resulta, que o trabalhador se deve ao cumprimento das funções com o objectivo exclusivamente de atender ao compromisso que advém da AP perante o cidadão.

Ao assumir o compromisso de honra que decorre do dever de lealdade, e tal como estipula a alínea g), do número 2 do artigo 3 do EDTFP, os trabalhadores integram um compromisso de conduta objectivo, contudo, e apesar da existência de uma imensa maioria de contratos de trabalho a termo resolutivo e da eventual desmotivação que estes trabalhadores possam consignar em termos de lealdade, e porque dura durante o vínculo contratual, será uma lealdade a prazo -, não devem no exercício das funções estar condicionados

<sup>1489</sup> MESQUITA ANDRADE, J. A.: *Poder Disciplinar*, in BMJ (Suplemento), Lisboa, 1979, págs. 388 e ss.

<sup>1490</sup> Cfr. Acórdão do TCAS 03722/08 de 14 de Junho 2012: “(...) Não descortinamos qualquer factor ou especificidade no sector público e nos trabalhadores precários do sector público que justificasse ou justifique que estes tivessem ou tenham uma protecção menor do que os trabalhadores precários do sector privado, uma vez que as suas situações laborais são muito semelhantes, cfr. o artigo 344 do CTP, designadamente quanto à atribuição de uma compensação pecuniária quando o contrato caduque ou se não renove por iniciativa do empregador (público)”.

temporalmente, pois a prossecução do interesse público “*é comum a todos os trabalhadores*”<sup>1491/1492</sup> da AP.

Todavia, não basta com a enunciação dos deveres gerais dos trabalhadores da função pública vertidos no EDTFP, é que a conduta dos trabalhadores na função pública perspectiva para além das normas jurídicas que vêm sido enunciadas, de preceitos de ética que de certo modo reflectem a credibilidade e transparência da AP, e é este conglomerado legislativo que converge na prevenção de condutas de lealdade, bem como actua preventivamente na eficácia de atitudes de corrupção.

O regime laboral comum sujeita, não só a AP, mas também o trabalhador, a um dever de colaboração recíproca e ao estrito cumprimento da boa fé, em conformidade com o artigo 126 do CTP, e da existência do dever de lealdade, previsto no artigo 128 do CTP.

Sabemos que este mecanismo da corrupção, contrário à boa fé, ocorre frequentemente em círculos de amplitude reduzido, e na maioria das vezes protegidos pelo regime do segredo profissional, porém a lei portuguesa garante que os trabalhadores da AP ou equiparados<sup>1493</sup>, possam denunciar os factos de que tenham conhecimento no exercício das suas funções, ou consequentes dessa premissa, não podendo ser prejudicados, o que perante a AP só pode ser objecto da concretização leal de que o trabalhador está vinculado.

O Estatuto Básico do Empregado Público foi promulgado através da Lei 7/2007 de 12 de Abril (LEBEP), onde se encontram estabelecidos os princípios aplicáveis às relações de emprego público, aliás e conforme em cumprimento com o artigo 103 da CE.

Pretendeu o legislador espanhol com esta norma, que os deveres dos trabalhadores fossem determinados por regras de comportamento e atitudes éticas que mais não são que pressupostos de conduta na actuação, e das quais resultam, não só atitudes orientadoras, mas também e sobretudo limitações às actividades lícitas dos trabalhadores, e das quais podem resultar consequências disciplinares.

É pacífico que o empregado público, apesar dos direitos que lhes subjazem, como aliás sucede em Portugal, têm intrínsecas responsabilidades e obrigações, não só perante a

<sup>1491</sup> ARRIMAR C., e VEIGA E MOURA, P.: *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remuneração dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008, pág. 41.

<sup>1492</sup> Cfr. Acórdão do TCP 620/2007: “*Todo e qualquer trabalhador da Administração Pública tem a sua posição profissional fixada através de um conjunto determinável de disposições legais ou regulamentares que, ainda que provenientes de diversos complexos normativos, definem o elenco de direitos e deveres que, em cada momento, lhes são aplicáveis, e que corresponde à sua situação estatutária (sobre a caracterização da situação estatutária dos funcionários)*”, Prosper Weil: *Direito Administrativo*, Coimbra, 1977, págs. 69-70, in *Diário da República*, 1.ª série - N.º 9 - 14 de Janeiro de 2008, pág. 463.

<sup>1493</sup> E é o caso de empresas do sector empresarial do Estado, as denominadas PPP (Parcerias Público Privadas).

Administração, que presta serviços ao cidadão sob uma tutela que tem como objectivo nuclear a produtividade com eficiência.

E é de facto através do número 3, *in fine*, do artigo 103 da CE, que a LEBEP estabelece a “*garantia de imparcialidade no exercício das funções*”, e esta integridade, e sendo a boa fé um princípio geral do Direito, como tal terá uma aplicabilidade imediata entre a AP e o cidadão particular, e está envolta em regras de conduta, ou melhor, um comportamento *civiliter*<sup>1494</sup>, tal como a CE arrola os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com subordinação plena à lei e ao Direito, e de acordo com o princípio da razoabilidade há uma expectativa de conduta *civiliter* do homem comum, da parte do empregado público, e probidade administrativa impõe deveres de honestidade e de lealdade, de maneira que a confiança jamais deva ser desfalcada, num contributo para o normal funcionamento da sua real efectividade, em tudo similar com a legislação laboral e no que concerne ao trabalhador comum.

O empregado público reger-se-á não só pela LEBEP, mas também, e entre outras normativas ou convénios colectivos, pelo ETE e pelo contrato de trabalho, ainda que a estruturação esteja sujeita a vários grupos de classificação, interessa-nos no estudo em apreço referir de sobremaneira os deveres e concomitantemente os direitos que advém do cumprimento à lealdade.<sup>1495</sup>

Contudo, o empregado público espanhol está adstrito a um dever de sigilo como consequência da relação de subordinação à administração, e que para além das consequências

<sup>1494</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, J.: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 35; e no mesmo sentido a regra do ‘*civiliter agere*’ não convoca apenas a lealdade: “*é-se leal quando se protege expectativas alheias; deixa-se de ser leal quando a conduta, ainda que formalmente correcta, seja lesiva da confiança de outrem*” in MENEZES CORDEIRO, A. M.: *A lealdade no direito das sociedades*, ROA, 66, 2006, págs. 443 e ss. A circunstância de existirem situações em que a existência do dever de informação não surjam associadas à tutela da confiança da contraparte, em especial, no período de ‘antecâmara do negócio’, em que será mais comum a desconfiança relativamente à contraparte, não obsta a que se encontre na confiança um princípio apto a preencher o conteúdo valorativo da ideia regulativa geral da boa fé e a emprestar-lhe um significado útil à operacionalidade deste conceito, conforme o autor português.

<sup>1495</sup> E neste sentido repare-se: “(...) Así, por ejemplo, piénsese en el caso de la ocultación de las facturas en los cajones. No parece posible que dicha actuación haya sido posible si los responsables de dichas facturas y expedientes de gastos desempeñaron con diligencia las tareas que tenían asignadas, velaron por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, actuaron con arreglo a los principios de transparencia objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia y honradez, lealtad y buena fe con la Administración, eficacia, economía y eficiencia, ni administraran los recursos y bienes públicos con austeridad”, cfr. RIUS JIMÉNEZ, P.: *Diario La Ley*, Nº 7801, Sección Doctrina, 20 de Fevereiro de 2012, Año XXXIII, Ref. D-78, Ed. La Ley.

penais de violação que podem suscitar, e desta maneira o dever de confidencialidade<sup>1496</sup> e de actuação transparente proclamados no artigo 52 da LEBEP, o dever de lealdade e boa fé são reforçados através do número 3, do artigo 53 da referida norma legal, pelo que a violação do preceituado negligentemente determinam faltas graves previstas no artigo 93, e as não previstas, são remetidas para o ETE.

Perante a LEBEP os empregados públicos podem ser funcionários de carreira, interinos ou eventuais, de confiança ou trabalhadores através de contratos de trabalho, sendo que só os de carreira são verdadeiros funcionários, pois possuem um vínculo administrativo, ao contrário dos contratados por vínculo laboral, e é o que nos interessa analisar.

Ainda que não exista concordância doutrinal da natureza jurídica que se apreende da LEBEP, contudo é nossa opinião que existem peculiaridades que determinam um carácter especialmente laboral, e tendo como base a jurisprudência<sup>1497</sup>, na mesma sequência doutrinal.<sup>1498</sup>

Induzimos dos números 1, 3 e 4, do artigo 93 da LEBEP que são aplicáveis aos trabalhadores em regime de contrato de trabalho as fundamentações que motivam o processo disciplinar e consequentemente o eventual despedimento proclamado no número 2, do artigo 54 do ETE, sempre que exista uma lacuna determinada pelo enunciado na LEBEP, como sejam as transgressões por abuso de confiança e a transgressão da lealdade por via da relação jurídico-laboral que envolve a boa fé, e neste sentido a doutrina é consentânea<sup>1499</sup>, ainda que o artigo 7 da LEBEP possa sofrer de alguma interpretação errónea, é nossa convicção e comungamos que a normativa reguladora é essencialmente laboral.

<sup>1496</sup> Cfr. Sentença do TSJ da Cataluña 3667/2011, de 25 de Maio, e que refere em síntese que: “*Trasgresión de la buena fe contractual: empleado público. El actor mantiene de forma privada y habitual una serie de contactos infringiendo el deber de confidencialidad al que está obligado por razón del cargo que desempeña. La sanción del despido impuesta al actor es adecuada y proporcionada a la gravedad de las faltas cometidas*”, pesquisa efectuada em 15.02.2013 in portaljuridico.lexnova.es.

<sup>1497</sup> A sentença do STS de 3 de Setembro de 2004 reconhece a relação laboral quando uma das partes é uma Administração Pública, ainda que uma relação de trabalho com características especiais.

<sup>1498</sup> GARCIA PIÑEIRO, P. N: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 93, Julho de 2011, pág. 345, citando MONTOYA MELGAR, A., em que assinala que a Administração quando actua como empresário ou empregador laboral não perde a sua condição essencial de defensora do interesse geral, e por tal facto não se despoja por completo do seu *imperium*, de maneira que as relações com o seu pessoal laboral não deixam de ser, em alguns aspectos, relações de supremacia em que o empregador ostenta um poder de reforçado respeito próprio dos empresários do sector privado; *Las Administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)*, in *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2008, págs. 460-461; e no mesmo sentido: DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 417.

<sup>1499</sup> PORTILLO DEL CÂMARA, D.: *Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos – La nueva regulación de la Ley 7/2007 de 12 de Abril*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 12.

Mas, e apesar de que o ETE não admitir de forma expressa que a AP é uma entidade empregadora, enquanto relação laboral, o simples facto do número 1, do artigo 2 do ETE referir que “*reflecte*”, está compreendido<sup>1500</sup> esse condicionalismo.

Como tal a AP deverá proceder em relação aos administrados, e seja qual for o vínculo dos empregados públicos, com sinceridade, sendo-lhe vedado qualquer comportamento que possa confundir ou dificultar os reais interesses dos cidadãos, e nada melhor que este tipo de intermediários, entenda-se o conceito de colaboradores *lato sensu* -, para o fazer, não olvidando que o número 3 do artigo 103 da CE impregna o desempenho genérico de todos os servidores públicos.

O código de conduta implícito nos artigos 52, 53 e 54 da LEBEP é aplicável directamente aos trabalhadores integrados na carreira administrativa, bem assim como aos vinculados através de contrato de trabalho, e como assinala a jurisprudência<sup>1501</sup>, o poder disciplinar aplicável aos empregados públicos tem como fio condutor a salvaguarda dos interesses gerais, pelo qual são delimitadas as condutas perante os critérios de actuação genéricos, e principalmente a actuação moral de guardar segredo dos assuntos que hajam tomado conhecimento, assim como desempenhar a função numa premissa leal e colaboradora, não só com o cidadão, mas também com os superiores hierárquicos e colegas de trabalho.

O empregado público moralmente e eticamente, são a melhor salvaguarda do compromisso de lealdade perante o Estado e os cidadãos, e é de certo um dos motivos mais relevantes para o fomento adequado do serviço civil que caracteriza a integridade.

A condição do empregado público, para além dos direitos que lhe assiste, tem responsabilidades e obrigações específicas para com a AP, pela simples razão dos serviços que presta -, mas sobretudo com os cidadãos de forma geral, pois é o que concretiza a eticidade prevista no artigo 53 da LEBEP, e as atribuições a que está sujeito através do princípio da dedicação ao serviço público, limita as suas condutas contrárias aos princípios a que está obrigado, assim como quaisquer outros que coloquem em causa o princípio da neutralidade.

Mas o legislador teve o cuidado de especificar através do artigo 54 da LEBEP outros princípios de conduta, não só no que diz respeito aos cidadãos, mas também, e bem vincadas quanto aos superiores hierárquicos, havendo uma responsabilidade solidária que condiciona o

<sup>1500</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las administraciones públicas*, in Serie Claves del Gobierno Local, 2 – FD y GL, ISBN: 84 -609 -1120 – 9, pág. 194. pesquisa efectuada em 14 de Fevereiro de 2013.

<sup>1501</sup> Cfr. sentença do STS de 30 de Abril de 1991.

dever de boa fé no exercício multidisciplinar do empregado público, condicionado que está à lealdade com todos os interlocutores da AP.

Ora, e tendo a responsabilidade e obrigação que até agora elencámos, o empregado público incorre no regime disciplinar quando e perante uma qualquer violação, determine dolo<sup>1502</sup>, culpa ou negligência, que pela responsabilidade das tarefas, se tornam bastante mais vulneráveis que qualquer outra relação laboral, articuladas que estão no já supra mencionado artigo 93, e haja que referir que a violação da imparcialidade é considerado um comportamento anticonstitucional, e como tal uma infracção muito grave característica de uma clara atitude de deslealdade.

Contudo, a Lei 7/2007, de 12 de Abril, que visa estabelecer o Estatuto Básico do Empregado Público em Espanha, veio não só alterar algumas das disposições legais anteriores, bem como afirmar-se enquanto diploma de sistematização de toda a informação relativa aos direitos e deveres dos empregados do Estado.

Desde o ponto de vista do Direito vigente, os empregados públicos e trabalhadores do regime laboral<sup>1503</sup> encontram-se numa situação que pode levar a uma clara colisão de deveres, ou seja, por um lado a obrigação de denunciar ou evitar um determinado delito, e por outro lado o dever de boa fé contratual enquanto trabalhadores, como aliás prevê o artigo 5 do ETE; contudo está sujeito a um dever de lealdade enquanto empregado público, como refere o número 3, do artigo 53 do EBEP.

Ora o aqui se torna relevante diferenciar, e no âmbito ético-laboral, é considerar aquelas infracções do dever de boa fé contratual que podem ter transcendência jurídico-laboral ou disciplinar, daquelas que têm transcendência penal; o empregado público incorrerá nesta última sempre que a violação do dever de lealdade constitua a revelação de segredos da própria AP,

---

<sup>1502</sup> Neste sentido - MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: *Addenda: El despido. Cuestiones Prácticas que plantea la reforma laboral de 2012; Doctrina, casos prácticos, jurisprudencia, formularios, directório (...)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pág 19; “(...) o dolo consiste Numa conduta voluntária e intencional da parte que o provoca (...) e pressupõe que um dos contraentes, conscientemente, pretende determinar a vontade da outra parte (...)”.

<sup>1503</sup> Também os trabalhadores sujeitos ao regime laboral ficaram obrigados ao dever de lealdade tal como os empregados públicos, como observa, MARTÍN VALVERDE, A.: *El Estatuto jurídico del empleado público y la regulación de los conflictos de trabajo*, AA.VV (Dir. J. Cabeza Pereiro y J. Martínez Girón), *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*, Ed. Laborum, Murcia, 2008, pág. 231.

Mas vejamos, o legislador espanhol acentua que estes deveres proclamados no EBEP com princípios quando não mais são que regras, e o dever de lealdade insere-se nesta interpretação aliás, a doutrina espanhola assim o vem defendendo.<sup>1504</sup>

Importa também lembrar que embora enquadrada por normas de direito público, a AP espanhola, admite a negociação colectiva como o prova a Resolução de 24 de Novembro de 1998, da Direcção Geral do Trabalho, que inscreve o Registo e Publicação do texto do Convénio Colectivo Único para o pessoal laboral da Administração Geral do Estado.

O âmbito pessoal/funcional dos regimes varia bastante entre os países analisados, sendo mais ou menos alargado e diversificado no que respeita às funções abrangidas.

No entanto, é comum a todos os regimes de nomeação abranger as funções de soberania, e é o caso de Magistrados, Diplomatas, Forças de Segurança.

Os principais aspectos distintivos dos dois regimes são, em primeiro lugar, o estatuto jurídico, pois em todos a nomeação é regulada pelo direito público (administrativo) e o contrato pelo direito privado, CTP e ETE -, e em segundo lugar, o pressuposto de regras de conduta, – como a independência de actuação –, e deveres como o de lealdade, consentâneos com o interesse público.

---

<sup>1504</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: *El Estatuto jurídico del empleado público y la regulación de los conflictos de trabajo*, AA.VV (Dir. J. Pereiro y J. Martínez Girón), El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez, Ed. Laborum, Murcia, 2008, pág. 229.

## CAPÍTULO VII

### CONCLUSIONES

Cuando llegamos al apartado de Conclusiones tenemos la impresión de haber abundado mucho más en las preguntas que nos hacíamos al principio que en las respuestas que proponemos dar a los problemas detectados y/o planteados.

En cualquier caso, consideramos que los objetivos planteados han tenido un grado aceptable de consecución en los siguientes aspectos: entendemos que se ha llevado a cabo un estudio pormenorizado de los aspectos que caracterizan a la lealtad en las relaciones laborales, abstrayendo el deber de lealtad del principio general de la buena fe; también podemos afirmar que, tras analizar y valorar mucha doctrina, legislación y jurisprudencia, estamos en disposición de afirmar la importancia que el deber de lealtad, y consecuentemente el deber de no concurrencia y de sigilo, tienen para el contrato de trabajo y las relaciones laborales de forma amplia, en cuanto regla de conducta de todos los actores del mundo laboral y para la regulación de esta práctica; y por último, y aunque de una manera modesta y meramente ilustrativa, hemos hecho una incursión a una propuesta de incorporación de esto componente ético y fundamental en el contrato de trabajo, por cuanto hay un vacío legal en la legislación española.

**Primera.** Consideramos la noción de lealtad, como ligada a confianza tal como fue recogida en el antiguo Derecho Alemán, que recibió en el mismo una contribución objetiva importante, es decir, la lealtad separada del aspecto solemne y de la apariencia resultado de la misma, y además, y por ello, se impone una funcionalización del concepto: la lealtad se corresponde paralelamente con la autoridad y por vía de la misma.

El racionalismo adoptó la lealtad, ofreciéndole un cobertura sistemática, que se infiere de la propia naturaleza humana, y es a través de la etimología del vocablo “*lealtad*” como conceptualizamos los criterios orientadores para la investigación realizada, aunque hayamos procedido a un estudio cuidado y minucioso sobre su sentido real, y el que resulta del “*deber de lealtad*” en la coyuntura de los tiempos pasados y recientes, sobre todo en el ámbito



laboral, sin que abandonáramos las perspectivas en relación a la condición de ciudadano y trabajador.

*Sin embargo ¿tendrá este estudio preliminar como lo planteamos en el Capítulo 0 alguna consistencia y razón para la profundización que nos propusimos?*

Fue indudablemente muy útil el comprender la dimensión de la doctrina jurisprudencial, de los estudios doctrinales anteriores y la legislación actual, y sobre esta en particular, y pudimos comprobar una deficiencia normativa, sobrepasada por el dogmatización del concepto de lealtad.

En el nombre de la estabilidad y seguridad de los asuntos jurídicos, así como, para la tutela de las legítimas expectativas de quienes contraen derechos y obligaciones, la lealtad impone comportamientos socialmente recomendados de atención, cooperación y honestidad, etc., y se tutelan por tanto, aquellos que, en una relación jurídica acreditan que la otra parte procederá en consonancia con los padrones de conducta exigibles, y que la confianza envuelva el “*aura*” de la lealtad.

Comprobamos la importancia gradual de la confianza mediante algunas funciones desempeñadas por los trabajadores que se tradujo en la aplicabilidad deductiva del deber de lealtad, siendo determinante en las situaciones en que el bienestar familiar en relación con el empleador, así como determinados contratos de trabajo unen la confianza con la lealtad.

*Por tanto ¿es cuestionable el que el trabajador una la confianza con la lealtad?*

Si partimos de una premisa sociológica, cogimos que cuanto más confianza adquiere el trabajador por el cargo ocupado, más vulnerable es la quiebra de la lealtad que supuestamente le une a la entidad empleadora, y de ahí que algunas de estas funciones sean demasiado imprecisas en el espacio temporal.

También, el deber de lealtad en cuanto deber orientador de la conducta tiene una dimensión unida con otros deberes que aisladamente, o en consonancia, se refieren al comportamiento del trabajador, al cual no se hurta el empleador, dado que el respeto y la urbanidad, el cuidado y la honestidad no se pueden comprobar unilateralmente, porque si fuera así el enfoque se corrompe y se pierde.

El empleador no debe confundir el respeto mutuo, y la confianza, el mantenimiento de un buen ambiente de trabajo y el cumplimiento del mismo contrato, y que teniendo como base el principio de la dignidad de la persona humana, constituye un elemento que debe de ser seguido indistintamente por todos, dado que la dignidad humana se constituye a partir del momento en que el individuo tienen garantizados sus derechos vitales mínimos, que se

denominan derechos fundamentales, responsables del respeto y calidad de vida de todo ser humano, tales como la salud, la educación, la libertad, el trabajo y el medio ambiente entre muchos otros.

*Y, ¿si estos compromisos no se cumplen lealmente?*

Siempre que se de la precariedad de derechos, se dará la ausencia de respeto entre empleador y empleado.

**Segunda.** Nuestro estudio teórico tuvo como objetivo analizar el deber de lealtad en los ámbitos social y jurídico, la lealtad en el campo de las relaciones de trabajo y sus relaciones con el ordenamiento, en los países ibéricos de España y Portugal, y a pesar de que el tema no ha sido fácil de aclarar, se hizo ineludible y necesario proceder a un análisis detallado de los elementos esenciales que presiden el deber de lealtad en el contrato de trabajo, y si algo quedó por abordar, se debe a la pertinencia del tema, porque la lealtad en el terreno laboral, deja de ser un elemento accesorio, para convertirse en esencial, o al menos con un contenido particular.

*¿Pero, existe el deber de lealtad en el contrato de trabajo?*

Pude concretarse que el deber de lealtad es un arquetipo de conducta que se corresponde con lo que se espera que cumplan las partes, y este modelo de conducta genérico presenta un carácter abierto en virtud de su formalización y se concreta a través de los deberes de conducta o deberes accesorios.

Y estos deberes establecen nuevas obligaciones, prohibiciones y normas jurídicas de alguna peculiaridad, y hemos observado que la lealtad tiene una relación directa con la igualdad de las partes, puesto que un acto desleal, obrar de mala fe o una falta de probidad pueden desestabilizar las motivaciones del contrato de trabajo, y en este sentido es conveniente hacer mención a la practica del derecho, ya que en las relaciones laborales la probidad y la lealtad requieren de mejor aplicación.

La bilateralidad inherente a todo el contrato de trabajo exige el establecimiento de parámetros que señalen las diferentes cargas que deben asumir el trabajador y empleador, y adicional a esto existen deberes recíprocos orientados a la obtención de un tratamiento en igualdad de condiciones.

Al ser el deber de lealtad una característica de la noción de buena fe, es en cuanto a deber específico, una categoría que engloba una multiplicidad de obligaciones de conducta, positivas y negativas, que se manifiestan en todas las ramas del Derecho, y tiene una

relevancia significativa en el Derecho del Trabajo, sin que con todo ello se pueda haber logrado el privilegio investigador de colocarlo en esta área específica, tan susceptible de ambigüedades tanto interpretativas como aplicativas.

Parece ser común acuerdo el que cuando una persona sirve a una empresa debe de hacerlo de forma correcta, o asumir la responsabilidad de una mala conducta o de los daños consecuentes a su comportamiento. Todo ello puede llevar a cuestionar el que existe una necesidad de precisar los siguientes puntos: en primer lugar las atribuciones específicas de cada trabajador; en segundo lugar cuáles son las consecuencias para los trabajadores del incumplimiento de los cometidos encomendados por la empresa; y en un tercer lugar, cuáles sean las medidas correctivas que los trabajadores deben de adoptar.

La lealtad está relacionada lógicamente con la noción de leal, equivalente a cumplidor de las promesas, cumplidor de las leyes, que respeta lo que fue acordado, o la dedicación, honesta y sincera a un objetivo; mientras que la fidelidad se relaciona con ser fiel, o sea, ser exacto o algo similar, es decir de una manera general ser fiel al juramento prestado, y al cumplimiento de dicho juramento. Por tanto existe fidelidad sin lealtad, así como lealtad sin fidelidad, por lo que puede prestarse juramento sin ser cumplido, como también se puede cumplir algo, sin haber estado obligado a ello, por lo que en esta forma y en el presente trabajo nos referimos a la lealtad como cumplimiento de leyes, promesas, compromisos o acuerdos, mucho más significativo de lo que es rubricar documentos o promesas.

Actualmente se debate sobre la naturaleza de la conexión entre “*fiel y leal*”, y los fuertes lazos y la dedicación frecuentemente asociada entre fidelidad y lealtad llevó a algunos a afirmar que la fidelidad es sólo o principalmente, una sensación o un sentimiento, que resulta de una estrecha relación afectiva expresada en actos, aunque más como un epifenómeno de como su núcleo, no es más que un “*instinto de sociabilidad*”.

La lealtad está relacionada con la familia, los amigos, la profesión, la empresa, o el país, y en tales identidades el destino o el bienestar de los objetos de lealtad vinculados con la propia persona, que puede llevar a sentir sonrojo u orgullo por su realidad, y por tanto deben de asumirse los riesgos y soportar la responsabilidad de lo asumido.

Se nos presentó la importante cuestión de conocer *¿si los juicios sobre el valor de la lealtad están incluidos en los juicios sobre el valor de las instituciones a las cuales se presta lealtad, además de que si la lealtad carece de cualquier valor independiente del objeto particular al que está conectado, o a un valor vinculado exclusivamente con el objetivo propio de la lealtad misma?*

Algunos investigadores argumentan que la lealtad es buena o mala, dependiendo de lo que se hace fuera de la misma lealtad, mientras que otros argumentan que la lealtad es siempre un bien, aunque adulterada cuando está asociada a un comportamiento inmoral.

Consideramos que la lealtad, generalmente, es considerada como virtud particularista, esto es, se constituye en privilegio de ciertos grupos o individuos, y aunque exista el principio universal de lealtad, a partir de *“lealtad a la lealtad”*, ha existido mucho debate sobre la relación entre las obligaciones particularistas, tales como las asociadas a la gratitud y a la misma lealtad, y las obligaciones universales debidas a todo el mundo, en virtud de su humanidad, con todo la discusión sobre la lealtad adquiere sus modernas raíces a partir de los ideales iluministas de igualdad y respeto debido a todos, como partícipes de la misma humanidad.

Lo que se alcanzó con este estudio fue el definir implícitamente el deber de lealtad, en las diversas relaciones privadas y hasta en las relaciones de naturaleza pública, a partir de la definición del ser leal, o sea, qué relaciones que conllevan algún deber de cumplir promesas, cumplir leyes, cumplir con respeto lo que se acuerda, cumplir con la dedicación, ser honesto o sincero, y en lo que hace relación a la fidelidad, es decir ser fiel, o lo que en nuestra perspectiva equivaldrá a ser exacto o similar, o prestar juramento, y de una manera general, ser fiel es haber hecho juramento y ser leal haberlo cumplido.

Por otra parte, nuestro estudio demuestra que la legislación portuguesa demanda mayores exigencias en el deber implícito de lealtad que las de la legislación española, muy fáciles de distinguir: el ordenamiento jurídico portugués se preocupa del contenido, del detalle, y enumera principios no contenidos en la legislación española, dado que el ordenamiento español se ocupa de definir principios básicos, sin entrar en situaciones específicas. Por ello, los análisis comparativos se han realizado a partir del contenido de la legislación española al respecto, dado que se apreciaba que la portuguesa contemplaba también diferenciándolo apenas, como lo excedente de las leyes portuguesas.

*Pero, ¿es importante que el deber de lealtad esté previsto en la legislación? O ¿esperamos que se establezca de facto como doctrina jurisprudencial?*

En Portugal, más allá de tratarse de una legislación más beneficiosa para el trabajador, hace que la lealtad dependa más del lado de la empresa, lo que puede ser considerado como un motivo de competitividad, ya que si los empresarios tienen que soportar con más lealtad al

trabajador, el aumento de los costes es inevitable, así el análisis del deber de lealtad en este trabajo trae como consecuencia mayor o menor competitividad, pues dado el caso de que no haya equilibrio en las relaciones de lealtad, tendrá que contribuirse de un lado con más sacrificio y por tanto la relación se complica, así como la aparición de conflictos laborales, por lo que se considera un deber básico en el sinalagma del contrato de trabajo. Mientras que en España, la buena fe es el núcleo central inclusivo del mismo contrato, no olvidando que los deberes accesorios, tienen a la lealtad como el “*privilegio*” de asumir doctrinalmente y jurisprudencialmente un papel relevante.

Por tanto el deber de lealtad se convierte en un elemento de análisis de las relaciones de equilibrio dentro de una organización, a fin de enfrentarse con un mundo altamente competitivo como el que la humanidad afronta en este momento.

En la recepción jurídica de la lealtad ciertas variables anómalas inducen a la aparición de situaciones en las cuales, no sólo su propio significado, sino la expresión propia de lealtad puede quedar desvirtuada, y tal como lo consideramos, se desarrolla en las varias ramificaciones del derecho público y privado; a pesar de ello, ha sido posible distinguir la cultura de la “*pseudo lealtad*” de las situaciones prevalentes de esa misma recepción en las relaciones jurídicas anexas.

*¿De que forma el deber de lealtad asume reflejo en la legislación portuguesa y española?*

En la medida que el deber de lealtad ha sido reconocido por el CTP, lo hace inmediatamente aplicable para una generalidad de supuestos, y es perfectamente consolidado que el deber de no concurrencia y deber de sigilo son los exponentes máximos del deber.

Específicamente en las relaciones de trabajo, al determinar el fundamento del deber de lealtad, existe un amplio reconocimiento de la buena fe como origen de lealtad, y al respecto, la doctrina española tiene clara la diferencia entre el deber de buena fe y el de lealtad, habiéndose superado el antiguo concepto de fidelidad, pero, en algunas circunstancias, no lo tiene así de claro la jurisprudencia la que en muchos de sus fallos sigue aplicando el antiguo

concepto de fidelidad y la comunidad de intereses entre trabajador y empresario<sup>1505</sup>, y recordamos la jurisprudencia que confunde el deber de buena fe con el de fidelidad.<sup>1506</sup>

El ETE ha reconocido que la lealtad encuentra su origen en la buena fe desde distintos ámbitos y en distinto grado, o sea, en un sentido general se contempla que la buena fe comporta un deber general de actuar con lealtad en el cumplimiento del contrato de trabajo, bien como la buena fe es la referencia más señalada para dar fundamento al deber de lealtad, y en particular en la lealtad del trabajador.

De facto la regulación legal del deber de lealtad se justifica y se afirma por razones de carácter sustantivo relativa a su propia configuración de la relación jurídico-laboral que da origen a este deber, y como tal el deber de lealtad forma parte del contenido nuclear de la relación vinculada a través del contrato de trabajo, y aunque no sea previsto el deber de lealtad en la legislación española, la promulgación de la CE y del ETE carece de un apoyo normativo de tal exigencia en las relaciones laborales, aunque en la doctrina jurisprudencial tenga aplicación.

**Tercera.** Abordamos los antecedentes del Derecho del Trabajo en las primeras relaciones laborales entre humanos, el surgimiento de la esclavitud, las primeras formas de contrato de trabajo, la servidumbre, la formación de los Estados Ibéricos, las organizaciones propias de cada oficio, las Revoluciones Francesa e Industrial, las relaciones laborales en Portugal y España, partiendo de la Revolución Industrial, hasta nuestros días.

En Roma el término “*fides*” es el que suscitaba más cuestiones, en dos elementos separados: interno y externo, siendo el primero el correspondiente a las promesas y deberes por proteger del “*cliens*”, clase intermedia entre ciudadano y esclavo, en cuanto que el segundo se refería a la sumisión de los pueblos conquistados y su asimilación al orden romano.

<sup>1505</sup> Aún tenemos resabios, vestigios de este deber de fidelidad, así se continúa hablando de lealtad, abuso de confianza; se sigue intentando mantener de forma mayoritaria el número de actividades prohibidas; se presume de manera desorbitada el perjuicio requerido a través de la presunción *iuris tantum* y se mantiene una interpretación extensiva de un deber que ha sido utilizado como un conjunto de cosas diversas y desordenadas, para aquellas situaciones que no encajan en las causales de despido descritas en el número 2, del artículo 54 ETE.

<sup>1506</sup> Cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) de 17 abril 1984 (RJ 1984, 2105); de 22 septiembre 1988 (RJ 1988, 7097); Sentencia del tribunal Superior de justicia de La Rioja de 11 septiembre 1991 (RJ 1991, 4937); Sentencia del tribunal superior de justicia de la comunidad valenciana de 2 octubre 1991 (RJ 1991, 5831); STSJ Cataluña 14 febrero 1992 (AS 1992, 826); STSJ comunidad valenciana 14 julio 1992 (AS 1992, 3950); STSJ Extremadura 24 enero 1994 (AS 1994, 48); entre otras.

Transcurrido un tiempo el vocablo pasó a adoptarse de forma un tanto compleja, como “*fides bona*” o “*bona fides*” permitiendo que en las cuestiones sometidas a un Juez, la discrepancia fuera examinada de forma más amplia y dinámica, sin la observancia fiel, común en la época, del ritualismo vigente.

Bajo la influencia griega, se dio una aproximación de la buena fe a la “*equitas*” (equidad) como fórmula de interpretación o Principio de Derecho útil con el fin de orientar al juzgador en la solución de casos no incluidos en las reglas.

Con posterioridad, a partir de la Edad Media, se incorporó al Derecho Romano, luego del contacto con la cultura germánica, la idea de lealtad y confianza de buena fe, figurando por primera vez en una codificación de 1804, en el Código de Napoleón.

Con todo ello se le consideraba como un valor menor, prevaleciendo una visión individualista dirigida por la autonomía de la voluntad, y por medio de tal escenario, el Juez debería de actuar como mero aplicador de la ley, la cual pretendía conducir todas las hipótesis fácticas, sin laguna ni contradicción alguna.

En el contrato de trabajo, y según la desigualdad de fuerzas de los contratantes e influida por el principio protector y por sus repercusiones “*in dubio pro operario*”, atrayendo la influencia de los demás, principalmente el de la buena fe objetiva, en todas las fases del contrato (antes, durante y después) dirigiendo la forma de actuar de ambos elementos.

La noción de lealtad, ligada a confianza, fue acogida en el antiguo Derecho Alemán, y recibió del mismo una aportación objetivista importante, es decir, la lealtad al margen de lo solemne y de su apariencia como tal, y además de ello se impuso una funcionalización del concepto: la lealtad debida a la autoridad.

En la conformación histórica del contrato de trabajo, los países ibéricos, hasta el comienzo del siglo XX, se concibe el deber de lealtad como debido por parte del trabajador a su empleador, en virtud de los Contratos de Adhesión, que imponen las condiciones laborales, solamente en consonancia con las exigencias del empresario. A partir del establecimiento de las normas referentes a los accidentes de trabajo y de la presunción laboral, los contratos de trabajo dejaron de ser, y el deber de lealtad pasó a ser recíproco entre patronos y trabajadores.

El período que precedió a las dictaduras de Franco en España, y de Salazar en Portugal aportó importantes conquistas a los trabajadores ibéricos, entre otras, la reducción de la duración de la jornada laboral, la autorización de la formación de sindicatos, la institucionalización del seguro social y del derecho a la huelga, a pesar de lo cual que se daban muchas manifestaciones y huelgas, en ambos países, que perjudicaban las conquistas laborales

e influían en las mismas conquistas y en la reducción del nivel de empleo y en los salarios, o sea, el deber de lealtad entre patrono y trabajador era recíproco en teoría, pero en la práctica, era inexistente dadas las grandes manifestaciones, huelgas, crecimiento del desempleo y reducción de salarios.

Se dio en este período, un retroceso en las relaciones laborales, dado que se prohibieron los sindicatos; fue también eliminado el derecho de huelga al considerársela como desorden público; las condiciones laborales se mantuvieron así durante décadas y los salarios no se incrementaron en la medida que lo hicieron los precios, a pesar de haberse producido alguna mejora en la producción industrial debida a la reducción de conflictos y a la neutralidad de ambos países, en relación a los conflictos mundiales, más recurrentes en los Estados Unidos durante la Guerra Fría, pero ni aún esto fue suficiente para que los trabajadores desistiesen de sus reducidos derechos, debido a la represión dictatorial.

Este concepto del deber, fidelidad fue el impulsor de los deberes accesorios del contrato de trabajo, y era considerado que no existía en la relación laboral el antagonismo de intereses entre empleadores y trabajadores, pues el único interés radicaba en el empleador.

El deber de lealtad, al contrario de lo que se sostuvo en el pasado, no se trata de un mero deber accesorio, sino esencial para la configuración del contrato de trabajo que está cimentado en la recíproca confianza y en el ánimo de colaboración, que no debemos de confundir con el principio de ejecución de las obligaciones de buena fe, que es un principio de alcance general sobretodo en materia de contratos, a pesar de que por las propias características del contrato de trabajo adquiera relieve particular para éste, y coincida, en parte, con el deber de lealtad.

Históricamente el deber de lealtad fue, si bien paulatinamente, distanciándose de la fidelidad pretoriana que vinculó la evolución del contrato de trabajo y de las relaciones laborales, dado que el deber de lealtad se caracterizó por el efecto contractor que el trabajador debía de guardar, por acción o por omisión, hacia los intereses de la entidad empleadora o de la empresa, debiendo el empleador de velar por el deber de asistencia física, económica y moral del trabajador.

En fin el deber de lealtad evolucionó hacia una norma de cooperación recíproca y de consideración de los intereses de ambas partes, que llevó al cumplimiento y protección de las legítimas expectativas creadas.



**Cuarta.** *¿El alcance del deber de lealtad crea obligaciones al trabajador y al empleador?*

En el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo puede definirse, como aquel que deriva del contrato de trabajo en cuanto éste genera una relación entre seres humanos guiados por un fin común en la empresa y entre los cuales existe una relación personal de respeto y lealtad recíprocos.

En la definición de contrato de trabajo que nos da la legislación estudiada se señala que el trabajador se obliga a prestar servicios personales, esto significa que involucra y compromete su propia persona en cuanto destina parte de sus energías físicas y mentales, que emanan de la misma y que son constitutivas de su personalidad, la cual difiere de la de cualquier otro trabajador, por lo que su prestación es de carácter personalísimo o singular, y siendo así, el empleador no agota su obligación en el sólo pago de la remuneración sino que debe ir más allá, ya que a la persona del trabajador se le presentan problemas, intereses que pueden o no emanar del contrato de trabajo mismo, pero que inciden en su moralidad, aspectos humanos, rendimiento laboral y que necesariamente competen al empleador.

El contenido de la relación laboral relativo a las obligaciones del trabajador se estructura a través de los deberes de lealtad y diligencia, y estos deberes aglutinan el contenido general de la obligación del empleador, y que precisan el contenido mínimo obligatorio de la naturaleza de la relación, bien así que determinan reglas supletorias aplicables al comportamiento del trabajador en defecto de normas legales o de pactos efectuados.

El empleador, y en cuanto elemento causal en la obligación laboral, y aunque no lleva un control directo sobre la conducta del trabajador, debe, mediante los deberes de lealtad, dirigidos a tutelar en los casos de conflicto de intereses, promover una actuación de reciprocidad leal.

El contrato de trabajo presupone, a más del cumplimiento recíproco de las obligaciones correspondientes al respeto mutuo entre el empleador y el trabajador y entre éste y los demás compañeros de trabajo, al igual que con los representantes del empleador con el fin de lograr que el desarrollo y ejecución de la relación contractual se realicen en forma pacífica y armónica, y primen en ella la confianza, la lealtad y la solidaridad.

Tanto los trabajadores como los empleadores deben observar siempre, en sus relaciones laborales, comportamientos en los que prime la reciprocidad, porque es de facto el aspecto esencial de la lealtad.

En cuanto a la reciprocidad, cada parte es mutuamente acreedora y deudora, y en los contratos bilaterales como es el caso del contrato de trabajo, el hecho de que las obligaciones, son unas causa de otras, podría justificar el contrato incumplido, dado que al ser denominados sinalagmáticos existiría mutua reciprocidad en las prestaciones.

En virtud de ello, cada uno de los contratantes puede servirse de ese principio para recusar su prestación, aduciendo que el demandante no cumplió lo prometido, y dado que las prestaciones son recíprocas, y la obligación de uno se corresponde con la del otro contratante, aquel que no responde de la suya, no puede exigir lo accesorio de la otra, porque dado caso que lo hiciera el último opondrá en su defensa la referida excepción, fundamentada en la equidad, dado que las prestaciones son simultáneas.

Sucede sin embargo, que se considera común la existencia del principio de la buena fe con el fin de dirimir de forma universal el incumplimiento de los presupuestos subyacentes en el contrato de trabajo, pero dudamos de que ello deba ser así.

*Resultará que ¿el principio de la buena fe es la resolución universal de todo entre empleador y empleado?*

Por principio, somos de la opinión de que si así fuere, y mediante una conducta que consolidase un incumplimiento, tendríamos entonces una “buena fe” solicitada y aplicada según los intereses de la parte requirente, ahora bien el deber de lealtad, concreta su eficacia según los principios constitucionales del valor de la dignidad humana, de la ciudadanía, de la personalidad, de la confianza, de la probidad y de la honestidad en las relaciones jurídicas que dimanen del contrato de trabajo.

No valoramos por tanto la interferencia inmediata de dicho principio, porque los deberes accesorios al mismo, se consolidan día a día y ante la jurisprudencia española y portuguesa, conforme es aducen por el TEDH, son reglas vinculantes de tales cumplimientos, las conductas de ambas partes, con particular referencia al deber de lealtad, sin obviar el deber de información, de respeto y de guarda, en cuanto obligaciones básicas del contrato de trabajo.

Y es que nos encontramos ante reglas de conducta que son verdaderos derechos de naturaleza ética a los cuales cada una de las partes debe de atenerse con probidad, honestidad y lealtad.

El daño moral se asienta en la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, cuyo postulado básico queda fundamentado en el concepto de culpa, y este a su vez se fundamenta en dar por supuesto la infracción de una norma preestablecida, considerándose necesario, aunque la conducta de una de las partes toque efectivamente algunos de los valores que le ofrezcan consideración, cuales sean la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen, y todos los ponderables acerca de los principios de responsabilidad civil por los daños causados en la fase contractual que también son aplicables al daño pre-contractual, correspondiente con los gastos y perjuicios que soportó la parte, como consecuencia de la frustración injustificada por la realización del contrato de trabajo, y basta con que quede comprobada la violación de los deberes de lealtad, protección e información por parte del empleador con respecto al futuro trabajador.

En tal sentido podemos afirmar que la incidencia del deber de lealtad se inicia desde el momento en que se da un contacto social cualificado entre dos o más individuos, de tal forma que aunque subsista un desequilibrio material entre los poderes conseguidos por valores ilícitos o engañosos, la parte más fuerte no podrá ejercer su autonomía privada en detrimento de las legítimas aspiraciones de la que se considera más débil, y en ese contexto, el reconocimiento de un deber de actuación ética, honesta, transparente y de cooperación se constituyen en un imperativo de lealtad cuya trascendencia es capaz de cohibir a los no honrados y maliciosos, a que dejen de actuar como si no lo fuesen, y es esta manera de establecer la confianza, la más apta para fomentar las relaciones jurídicas y la propia prosperidad social a través del contrato de trabajo.

La teoría considera como definición de concurrencia desleal, todo acto de concurrencia que valiéndose de la fuerza económica de otra persona, procurase atraer indebidamente su clientela, y de hecho, los desvíos que perturban el sentido moral, como tiene asentado la teoría, que preside las relaciones jurídico-laborales, y son considerados como actos ilícitos, merecen, en consecuencia, una respuesta adecuada del ordenamiento jurídico ibérico.

Por ello distinguimos entre leales y desleales, y por ello ilícitos, los actos de concurrencia, precisamente para sancionar determinadas acciones que, practicadas por personas concurrentes, no respetan las reglas de juego, confundiéndolo con un libre desarrollo del contrato, y en consecuencia, acarreado perjuicios para los legítimos titulares de los derechos violados.

Tales prácticas, que se introducen bajo el epígrafe de “*concurrencia desleal*”, reciben no obstante, nombres diversos en la teoría, que algunos autores denominan más bien

“*concurrancia ilícita*”, mientras que otros reservan ese nombre para las que surgen en el decurso de un contrato y dejan la expresión “*concurrancia desleal*” para la violación extracontractual, aunque prevalece, en el entretanto, cierta sinonimia en la mejor teoría.

En cuanto premisa fundamental, que el deber de lealtad está en el contrato de trabajo, o que el deber accesorio nuclear más importante resida en la dimensión restringida o en la amplia, dotado de post-eficacia posterior en la dimensión restringida, y se dará el caso del deber de sigilo al cesar el contrato de trabajo, así como a través de la dimensión amplia, se considerará incluido en la dimensión personalista y organizacional a la que queda adscrito el trabajador por el contrato del trabajo, y tendrá, en opinión nuestra, una importancia nuclear en cuanto regla de conducta.

La *personalidad*, mientras tanto, es un concepto que puede tener un significado más amplio, y en primer lugar, y no sólo, el de *intransferibilidad o infungibilidad*, por iniciativa unilateral del trabajador, según la actividad que va a desarrollar, y según los contratos *intuitu personae*, lo que no es exclusivo de la relación de trabajo, porque también se da en el derecho civil; en segundo lugar, el de *indisociabilidad* entre el trabajador y el trabajo que presta, porque el *quid* que se presta es la propia actividad de la persona, y lo que más destaca la singularidad del contrato de trabajo, así como, el de *personalidad* en la medida en que, empeñando la propia persona en el desarrollo del contrato de trabajo, el trabajador debe de contar con la protección legal de los derechos que protejan la esfera más íntima de su propio ser, su moral y dignidad, y por fin el de *espíritu de colaboración*, porque a pesar de la lucha de clases, si el trabajador depende de la empresa, para su subsistencia y se encuentra insertado en su organización, no puede dejar de cumplir un deber ético-jurídico de lealtad para con el empleador.

El deber del secreto, aunque constituye un elemento integrante del deber de lealtad nos induce - o puede inducirnos- a una eventual proposición dicotómica, o el deber de secreto es una norma, y la información una excepción, o entonces estamos ante una actitud del empresario ajena a la desburocratización del conocimiento.

Pero, mediante lo que fue investigado y se concluye ahora, y aunque podamos tener algunos interrogantes, *¿resultará que el deber de lealtad es de extrema importancia en el contrato de trabajo?*

La obligación de lealtad constituye una parcela esencial, y no sólo accesorio, de la posición jurídica del trabajador, pues se comprueba que, incluso ante una negligencia eventual cualquiera del legislador en la recepción del deber de lealtad, la necesidad de parámetros para

la conducta del trabajador y del empleador, mediante el contrato mismo, nos lleva a la imposición, por parte de la teoría y jurisprudencia, aunque de forma sobreentendida, de las directrices del referido deber y se constata la gran relevancia que la consideración de la lealtad tiene en la teoría jurisprudencial.

Por ello, surgen obligaciones de conducta por parte del empleador, y el deber de cooperación a través de actitudes y comportamientos debe de estar orientado según el dictamen de una actitud leal de respeto y buen sentido, dado que cabe actuar con una lealtad eficaz, no adulterando lo que se acordó en el contrato de trabajo, así como haciendo prevalecer las prerrogativas que pudieran tornar en insuficientes los derechos del mismo trabajador.

La relación que engloba al trabajador y al empleador resulta de un acto existencial por el hecho de sobrevenir de una realidad social inequívoca, por lo que se procura obtener los medios necesarios para el mantenimiento del vínculo contraído por medio del contrato, con educación, probidad y honestidad, y existiendo incumplimiento por la violación del deber de lealtad, surge de la parte contraria la pretensión de obtener una reparación por el perjuicio sufrido, y no basta con formular criterios leales teóricos, lo que sería insuficiente, pues es necesario que siempre que sea posible, se concreten para una aplicación diligente y sería.

El deber de lealtad influye, por las razones apuntadas, y también porque, al estar obligado el trabajador a colaborar en la estructura organizacional del empleador, y a manifestar lealtad y acuerdo con los intereses y las necesidades e intereses de la organización, debe por tal motivo de ser un ciudadano de buena índole organizacional, y al mismo empleador le cabe defender el bienestar y los intereses del trabajador, cuando éste se mantiene leal, y actúa con lealtad hacia la empresa y a sus funciones, incluso ante la expectativa de que el empleador retribuya dicha lealtad y dedicación.

En cuanto al poder disciplinar es un poder funcional, cuyo ejercicio tiene como fin la defensa de los intereses de la empresa, ilícita y culposamente perjudicados por el trabajador, circunscrito a las conductas del mismo, que vayan contra sus obligaciones contractuales y legales debiendo el trabajador ser considerado como persona concreta, titular de derechos fundamentales, la privacidad y la libertad de opinión y de expresión, pero verificamos que el poder disciplinar se justifica en las necesidades organizacionales de la empresa y es susceptible de control jurisprudencial.

La naturaleza punitiva del poder disciplinar, humillante y estigmatizante para el trabajador, obliga al empleador a una ponderación de la infracción en términos semejantes al de las sanciones penales, dado que se trata de una pena, en cuyo proceso de aplicación se da

una confusión entre la parte que alega posición de víctima y el juzgador, así como la teoría gradualista, como revela por otra parte la jurisprudencia con frecuencia y amplitud, es la misma valoración individualizada y circunstancialmente variable, la que no impide que la teoría gradualista no identifique lo leal de lo desleal.

*¿Existe sanción por violación del deber de lealtad?*

El despido disciplinario es una forma de terminar la relación de trabajo por iniciativa del empleador, motivada en la existencia de una causa justificada relacionada con la conducta del trabajador.

La presencia de ciertas faltas a la disciplina consistentes en acciones o omisiones voluntarias, de carácter grave y que constituyen incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador faculta al empleador para terminar la relación de trabajo.

El despido disciplinario es motivado por un incumplimiento doloso o culpable de los deberes y obligaciones que el contrato de trabajo impone al trabajador.

El deber de buena fe obliga al cumplimiento de las obligaciones con rectitud y honradez, y el incumplimiento se manifiesta en abuso de confianza y adopta matices de incorrección y deshonestidad como las actuaciones delictivas, el engaño, la deslealtad.

Del incumplimiento del deber de lealtad se deriva como única sanción el despido, pues la falta a la lealtad es una conducta *per se* grave, pero que para que del incumplimiento del deber de lealtad se derive el despido es necesario no sólo la transgresión al deber de buena fe, sino que la conducta que la transgrede sea suficiente grave y culpable.

Parece ser claro que la obligación estipulada en el CTP y el ETE no es más que una manifestación expresa de este deber de comportamiento cuya regulación se justifica en el mayor perjuicio que su incumplimiento puede acarrear a una de las partes del contrato, en este caso el empleador.

El empleador debe de ponderar, en la aplicación de las sanciones, la gravedad de la infracción, y el grado de culpa del trabajador, teniendo en cuenta todas las circunstancias atenuantes del caso en concreto, según una regla de proporcionalidad, y esta regla exige la consideración de la práctica disciplinar de la empresa frente a la generalidad de los trabajadores y la política de dirección de personal, así como los antecedentes disciplinarios del trabajador considerado, y más aún el poder disciplinar no puede ser entendido como un poder arbitrario y absoluto de la empresa, y desde luego, el ejercicio del poder disciplinar sólo es lícito si nos encontramos ante la práctica de una infracción disciplinar que se ha traducido en la violación culposa de los deberes laborales del trabajador.

**Quinta.** Por tanto actúa de forma abusiva, el empleador que aplica una sanción disciplinar a un trabajador que ejerce un derecho propio o de desobedecer una orden ilegítima, o reclama contra una situación discriminatoria.

El respeto a los derechos fundamentales es, por tanto, la forma de realizar la dignidad de la persona humana, entre los cuales, figuran los derechos de personalidad, que son aquellos que diferencian una persona de las demás, y de este modo tales derechos tutelados por el orden constitucional y legal deben ser respetados en todas las situaciones, cuanto más en aquellas en que se da subordinación, se da el derecho a la intimidad, configura uno de los aspectos más importantes de la personalidad, por tratarse justamente, de aquello que está en la esfera más interior de cada persona y solamente a ello se refiere, es decir, que sean los aspectos más personales referentes a experiencias, gustos, expectativas, necesidades, sentimientos que solamente deben de ser compartidos con la persona que ella misma escoja.

El empleador no puede invadir la esfera íntima del trabajador con el fin de controlar sus actos y evitar daños en su propio patrimonio, y defendemos la idea de que el trabajador, en cuanto ciudadano debe de ser protegido en su totalidad contra todo y cualquier acto inhumano o degradante que toque a su dignidad u ofenda su personalidad, con el respeto y con un cuidado debidamente protegido.

El orden de los valores proclamado por las Constituciones, promueve una apreciación de los derechos subjetivos, por la afirmación de los deberes de todos los ciudadanos como límites de la expansión individual que subsiste en cada uno, y ello resulta del concepto dogmático de la buena fe, pues los deberes accesorios que se deducen de este principio nuclear, y entre los cuales está el deber de lealtad, el deber de transparencia y el de información, no deben de fundamentarse en la exclusiva voluntad de las partes, sino en el orden objetivo constituido por el ordenamiento jurídico.

En relación a las cuestiones de soberanía que engloban los derechos fundamentales, ambas Constituciones tratan de la misma forma la lealtad a la Constitución en todos los niveles, o sea mediante el análisis constitucional que se refiere a los trabajadores y las relaciones laborales, nos permite afirmar que, de un modo general los dos países tratan de la libertad sindical, del derecho de huelga, y de la validez de los contratos colectivos de trabajo, de modo tal que las relaciones de lealtad son prácticamente las mismas, dadas por las Constituciones, aunque en la CRP existan más elementos relacionados con la lealtad en las

relaciones de trabajo, como el caso de la prohibición del “*Lock out*” por parte de los empresarios.

El corolario esencial y común a los derechos fundamentales está encuadrado dentro del principio de igualdad en cuanto prohibición de discriminaciones, que se refiere a una igualdad material y se dirige especialmente a las actuaciones arbitrarias o injustificadas, determinadas por diferencias tales como la religión, la libertad de expresión, la protección de los datos personales y de la intimidad, incluido el ejercicio de recurso a los tribunales.

Si existe la discriminación, se puede dar lugar a responsabilidad civil y a indemnización, dado que se pruebe – lo que hay que afirmar que la mayor parte de las veces no es fácil – que no hubo o no podría haber habido otra razón por el hecho de que de ello resultó un perjuicio real para el trabajador afectado.

Nos merece destacar particularmente lo que concierne sobre todo a la libertad del trabajador, mas poder también tener en cuenta la reserva sobre la intimidad de su vida privada y en qué consiste la repercusión en la relación laboral de su forma de vida fuera del trabajo; que está ligada de un modo particular, a aquella otra (no menos importante) problemática de las restricciones al ejercicio por el trabajador del derecho a la libertad de expresión e información.

Sin duda que recae sobre el trabajador un deber genérico de discreción en lo que respecta a la vida de la empresa, que no sea de dominio público y que adquiera el conocimiento por otra causa o con ocasión del desarrollo de sus funciones, resultando que el deber de no divulgar noticias cesa, por tanto, en los casos en que la información incida sobre la práctica de un delito, como sucederá, por ejemplo, cuando la fabricación de un determinado producto no respete las normas aplicables y constituya un peligro para la salud pública.

*Pero veamos, en cuanto a la libertad de expresión, ¿existen excepciones?*

En nuestra opinión, comprobamos que excepciones a la libertad de expresión existen muchas, y que los diferentes derechos no surgen como fortalezas cerradas unos con respecto a otros, sino que se aglutinan en un sistema coherente, porque todas las normas prohibitivas de afirmaciones o actitudes que afecten a otros o al interés general, constituyen excepciones a la libertad de expresión, la prohibición de afectar a la honra ajena, por ejemplo, sea del empleador, o del trabajador o de relaciones próximas de cada uno de ellos.

*Se tiene de esto modo ¿un contexto constitucionalmente asentado que justifique la restricción, o que pudiera manifestarse problemática al final?*



Las dificultades surgen cuando la relación entre ambos derechos se deteriora, hasta el punto de quebrar un equilibrio razonable conforme a los objetivos perseguidos por cada una de las partes, en los que la deslealtad supera al derecho que asiste a una de ellas.

Apreciamos, de una forma notable el vaciamiento del concepto del deber de lealtad, y se hace cada vez más evidente, aunque la lealtad sea asimismo más importante para combatir el efecto de los cambios en la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, por lo que resulta indispensable considerar al trabajador el derecho a ser reconocido como propietario de su fuerza de trabajo y portador de derechos fundamentales, propios de su honra y dignidad, y la dignidad es considerada en este caso como derecho, principio y necesidad, vinculado no sólo al empleador privado, sino al público, por lo cual no podemos olvidar que el contrato de trabajo no priva al trabajador de sus derechos fundamentales, y la adaptación a las necesidades y técnicas de gestión del empleador no pueden indicar renuncia del trabajador a su dignidad.

De todos los modos, no es posible hacer un gran esfuerzo para obedecer las leyes, a menos que se otorgue a los tribunales el poder genérico de modificarlas a través de sus decisiones, y mientras tanto, y si la materia en discusión afectara a los derechos individuales y fundamentales, y si fuera posible argumentar ante los Tribunales Constitucionales que se cometió un error, por parte de cualquiera, ello no permitirá extrapolarlo a los límites de sus derechos fundamentales para rehusar la aceptación de una decisión como definitiva.

La constitucionalización del Derecho Privado, que instituye la dignidad de la persona humana, como valor que ha de ser preservado en cualquier relación social o jurídica, repercutió también en el Derecho del Trabajo, alterando el modo de ver al trabajador, en la medida de que un concepto abstracto y personal, oprimido por los sentimientos tradicionales de fidelidad den lugar a un concepto que gana concretización, que pone el carácter desigual e injusto en determinadas relaciones contractuales.

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-laborales acaba por crear una situación de conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos, y aquellos que, conforme es considerado en este estudio, la autonomía privada puso también “*status*” constitucional haciendo que exista una colisión entre principios cuando los derechos fundamentales son desplazados hacia el plano horizontal.

Podemos constatar la existencia de colisión entre derechos fundamentales, siempre y cuando la Ley fundamental protege dos valores aplicables a la misma situación, resultando

que la colisión está justificada por el hecho de que las normas de derecho fundamental sean abiertas y mutantes, no teniendo límites fijados previamente.

*¿Cual la relación del deber de lealtad con los deberes fundamentales?*

Los derechos fundamentales se asimilan al resto del contenido del contrato de trabajo y operan en un plano de coordinación horizontal con los restantes elementos prescriptivos del mismo, tal como la buena fe o la lealtad.

Los derechos quedan así sometidos e influenciados en su ejercicio por las restantes categorías propias del contrato de trabajo, y hemos observado el papel de la doctrina constitucional y del TEDH, en que se acentúa la lealtad en las relaciones laborales sobre todo en temas de intimidad, libertad de expresión, los datos personales, manifestación y reunión, y en la libertad ideológica.

La literatura jurídica laboral y la propia jurisprudencia constitucional han asumido lo que aquí hemos denominado, y en materia de derechos fundamentales del trabajador, o sea, estos derechos son considerados principios, y no reglas, y, por lo mismo, se aplican mediante la técnica de la ponderación.

De manera casi uniforme, el deber de lealtad no está sujeto a ninguna condición o limitación, cuestión difícil de justificar en el marco de una relación contractual que legítimamente puede dar lugar a conflictos y disparidad de posiciones entre las partes.

*¿Infringen este deber de lealtad los trabajadores que dan a conocer problemas de higiene y seguridad en su empresa, conductas antisindicales, colusión con otras empresas o reducidas retribuciones?*

La jurisprudencia comparada ha sostenido que un contrato de trabajo no supone la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad ampara el texto constitucional, además referido en este estudio y citando la sentencia del TCE 120/1983.

Ante esta perspectiva, la irrupción de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral tiene un efecto democratizador, ya que se elimina la sobrevaloración del deber de lealtad del trabajador a la empresa como expresión de una subordinación personal con fin retrógrado y anti-democrático.

Los derechos fundamentales en el contrato de trabajo consolidan deberes, que la lealtad consigue incluir, bien por la indisponibilidad de las partes que pueden hacer valer tales

derechos, o porque la aplicación de los deberes accesorios y /o complementarios del deber de lealtad, tales como la tutela, diligencia, honestidad y libertad se tornan “*disminuidamente*” principales conduciendo a la lealtad hacia ser factor secundario.

El ejercicio de la acción judicial es en la mayor parte de las ocasiones la sedimentación de los verdaderos derechos de los trabajadores, y no de los empleadores, y la doctrina constitucional, en especial española y europea, resalta el deber de lealtad como valor primordial entre los derechos fundamentales del contrato de trabajo.

**Sexta.** *¿El deber de lealtad debe ser un medio de soporte en la relaciones colectivas?*

Desde la perspectiva considerada en este estudio, la negociación es un camino de diálogo para resolver toda oposición de intereses antagónicos, y en esencia, supone la existencia de interés común que impone límites al disenso, y tenemos la percepción que la negociación es un método que tiene su finalidad en producir decisiones compartidas o de consenso.

De tal modo los actores deben actuar de acuerdo con principios impuestos por una recíproca lealtad de conducta y la creencia de que se respetan dichos principios.

La aludida lealtad recíproca de las partes constituye en su plena bilateralidad la más alta expresión de los factores jurídico personales que matizan la relaciones colectivas, e impone a quien debe la prestación hacer cuanto sea necesario para asegurarle a la contraparte, el resultado útil de la prestación consensual.

Si las partes negociadoras no tienen un interés común, entonces, la negociación no tiene sentido, y con frecuencia encontramos que los actores consideran que no tienen intereses en común, porque los empleadores no tienen conciencia que sin trabajadores su capital no entra en movimiento y los trabajadores tampoco visualizan que sin su empleador no tendrían empleo. Entonces entre trabajadores y empleadores existen intereses comunes que brotan de la empresa.

El papel de los representantes de los trabajadores debe así consolidar la representación leal de una forma estratégica e integrativa en los conflictos, y constituye una condición elemental el respecto a los compromisos asumidos en el transcurso del diálogo, con mutua lealtad, porque es lo que permite ganar confianza en el desarrollo de las conversaciones, ya que todo acuerdo presupone un determinado nivel de reciprocidad.

También los actores envueltos, empleadores y representantes, predominantemente, deben hacer mención al compromiso que asumen de mantener la información recibida bajo reserva y confidencialidad.

En cuanto al deber de lealtad en las relaciones colectivas de trabajo, comprobamos el deber de lealtad implícito entre las partes negociadoras, representantes de los trabajadores y empleadores, en la elaboración de los convenios colectivos de trabajo, a fin de considerar asuntos pertinentes conforme a la legislación, en los ámbitos económico, laboral y sindical de las relaciones trabajador y empresa, cuyo mínimo contenido relacione la cualificación de las partes, a través de una inclusión personal, funcional, territorial y temporal.

Existe la necesidad de que las partes se sientan tuteladas, caso de que el empleador, por la posibilidad de peligros que lesionen sus intereses en el caso de conflictos, el deber de lealtad como tal tiene la misión de proteger las situaciones que puedan provocar una conflictividad colectiva, y en la medida que en que el deber de lealtad carece de regulación general, ni existe tampoco una doctrina jurisprudencial consolidada en las relaciones laborales, una reflexión sistemática permitió encontrar soluciones generales de carácter integrador para una configuración y aplicación del principio general de buena fe, subsidiariamente si fuere necesario.

El deber de lealtad entre los representantes de los trabajadores y empresarios concerniente a la negociación colectiva, está basado en la representación "*leal*" en cuanto elemento accesorio de las relaciones colectivas, y deben los representantes de los trabajadores, desempeñar satisfactoriamente sus funciones, tales como: vigilancia sobre las normas laborales, de seguridad social y de empleo, de tal modo que se puedan promover acciones legales ante la empresa o de justicia, así como proceder a la vigilancia y control de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, a la participación de obras sociales destinadas a los trabajadores y a sus familiares, a la colaboración con la empresa en relación a la productividad, conforme a lo pactado en el convenio colectivo, e incluso a mantener informados a los trabajadores de todo lo que afecta a las relaciones laborales.

No deja de ser relevante el hecho de que los agentes sociales reconozcan el deber de lealtad como algo irrelevante en el ámbito organizacional, reservándolo para el ámbito individual, y en parte tal pensamiento, se debe al hecho de que en las relaciones colectivas tales relaciones están imbuidas de una constante competitividad, de carácter transitorio y muchas veces fundamentadas en intereses personales, y una mayoría de ellas tiene su influencia en la quiebra de las estructuras.

Resulta evidente que como todo instituto jurídico la negociación colectiva tiene principios normativos que cuando se observan, hacen de este instituto un verdadero instrumento democrático de arreglo de conflictos, lo que significa que las partes deben de actuar, en el momento de la negociación, con lealtad, apreciando el deber de información que se impone en virtud de la obligación de negociar facilitando informaciones necesarias para la discusión de la materia y a la luz del verdadero conocimiento de las condiciones y situaciones de las partes, así como con la racionalidad, es decir, las partes deben de negociar conforme a sus posibilidades reales y necesidades para que se asimile el acuerdo realizado.

*Pero, ¿resulta posible aplicar en la práctica el deber de lealtad en la conceptualización de acuerdos y convenios colectivos?*

Estamos convencidos de que al ser la conceptualización de índole contractual y creados por la autonomía colectiva privada de las partes negociadoras, es posible la aplicación de la lealtad – de amplia utilidad en las relaciones contractuales de derecho privado – también en esos institutos del ramo del derecho colectivo del trabajo y, en consecuencia la negociación colectiva puede entenderse como fase confirmativa de dichos contratos.

El deber de lealtad determina la necesidad de actuar conforme a los dictámenes de colaboración, honestidad y corrección, de modo que sea posible el establecimiento de una relación de cooperación entre las partes, durante todas las etapas del negocio jurídico.

Los vínculos obligacionales deben de ser entendidos como totalidades complejas, o sea, no están conformados, únicamente, por las prestaciones principales que deben de ser admitidas, sino que también, por una serie de deberes jurídicos conformes con la incidencia del principio general de buena fe.

La autonomía de la voluntad de las partes contratantes está limitada por este principio, que estará instrumentalizado por los deberes accesorios, que ayudan en el mantenimiento de la conducta de rectitud exigida a los negociadores.

La doctrina y textos legales, así como el análisis jurisprudencial realizado revelan que la aplicación del deber de lealtad en la negociación colectiva fomenta esa forma de solución de los conflictos colectivos, aunque aún existan importantes cambios que realizar en el sistema de organización de las relaciones laborales colectivas.

Y esto es así, porque la incidencia del deber, procura establecer una relación de confianza entre las partes, lo que favorece el desarrollo de las negociaciones, y de esta observancia leal, depende la existencia, entre las partes de la confianza necesaria para el éxito de las negociaciones, y de ella resultará la celebración del acuerdo.

De esta forma, es posible afirmar que, mucho más porque el proceso de negociación pueda ser perjudicado por la probable ausencia de representatividad real, podría ser influido en su tramitación positivamente por la certeza de la incidencia del deber de lealtad.

En el caso de conflicto colectivo de intereses, a pesar de las dificultades existentes, con mayor acento en el régimen portugués, lo ideal sería que los implicados llegasen a un contexto en el ejercicio de su autonomía colectiva privada, por medio de la negociación colectiva, siempre pautada en los dictámenes de la representación leal y por los deberes accesorios al deber de lealtad.

No se pretende, con ello, negar jurisdicción a los conflictos colectivos, sino sostener que la intervención estatal debe darse en los momentos adecuados, y a la ley, en sentido estricto, compete la tutela de las garantías fundamentales de los trabajadores, porque igualmente, dándose un abuso de posiciones jurídicas por cualesquiera de las partes implicadas en la negociación, corresponderá a los tribunales el deber de actuar, limitando el ejercicio de derechos, con base en el principio general de buena fe, cuidando de no generalizar y utilizarlo de una forma insostenible y basado en vagos conceptos.

**Sétima.** *¿Qué alcance especial tiene el deber de lealtad en algunos contratos de trabajo?*

Desde un punto de vista jurídico-laboral el deber de lealtad se traduce como la obligación que tiene todo trabajador en relación de dependencia para con su empleador de obrar en consecuencia de la confianza que este último en el primero ha depositado, absteniéndose de obrar de forma tal que pueda causar algún daño o perjuicio a los intereses del empleador.

Es de importancia destacar que este deber no actúa de igual forma para todos los trabajadores, sino que a cada uno le será imponible en la medida de la confianza que le fuera conferida y en virtud de la responsabilidad puesta en su tarea. En consecuencia, cuanto mayor responsabilidad tiene la tarea del trabajador o mayor es la confianza en su trabajo depositada, mayor es la cantidad de actitudes y tareas que configuraran un obrar fiel del mismo.

Hemos verificado que los contratos de trabajo especiales y con particularidades distintas, consolida la lealtad en cuanto elemento nuclear de la relación, en que la confianza ocupa un plan evidenciado en los trabajadores dirigentes, representantes de comercio, empleados de hogar, en detrimento de los contratos de deportistas y artistas profesionales, pero el deber de lealtad es común en todos los contratos, presupuesto en los trabajadores en que el contrato de trabajo se encuentra también marcado por un contenido ético, es decir, por

el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de lealtad a que ambas, trabajador y empleador, se encuentran obligadas, atendidas, entre otras, las circunstancias de alta competitividad en la que se desarrollan en el mundo moderno las actividades empresariales.

Esta temática nos permite algunas diferenciaciones por las especiales exigencias que determinados o especiales relaciones suponen, en las cuales la prevalencia de un grado de confianza que se vuelve determinante por el nexo fiduciario que emerge de la relación contractual.

El ejercicio de determinadas funciones solo se mantiene mientras dura la referida relación de confianza que las caracteriza, y después de la quiebra de esta, dado que se altere la razón sinalagmática, se cambia el conjunto fiduciario.

En la óptica del trabajador, el recurso al régimen de relación especial facilita el acceso a determinadas funciones, y sin embargo y por ello, democratiza ciertos puestos de trabajo, tomando los alcanzables en función de la aptitud o de la capacidad profesional del respectivo titular.

Por tratarse de regímenes a través de los cuales se obvian principios estructurantes del Derecho del Trabajo, a pesar de que en algunas tipologías contractuales exista una simbiosis entre lo general y lo especial, la ley se preocupa de modo particular en delimitar el ámbito subjetivo del contrato de trabajo, determinando taxativamente los casos en que ésta constituye una alternativa para la contratación, y en lo que concierne a los cargos de dirección o de responsabilidad incrementada no se presenta exenta de dudas.

La teoría destaca que el deber de lealtad se asienta en una relación de confianza, basada en la previsibilidad de la conducta y en la corrección de esta misma conducta, y como tal, y partiendo de esto, la lealtad en cuanto deber, puede ser definida como el deber que los trabajadores dirigentes tienen con respecto a los intereses de la estructura organizacional, y en contrapartida deben abstenerse de una prosecución de los intereses propios o ajenos, y en ese sentido, la mejor teoría señala dos concretizaciones del deber de lealtad que asumimos: el deber de no concurrencia o el deber de no apropiación de las oportunidades de negocio del empleador, así como el deber de sigilo.

En los cargos dirigentes la obligación de lealtad constituye una parcela esencial, y no sólo accesoria, de la posición jurídica del trabajador, por el hecho de la existencia de la titularidad de cargos de confianza que, que por su propia naturaleza, reclaman una relación de

íntima confianza y lealtad, la cual “*quasi*” elevaría a estos trabajadores a la categoría de profesionales de confianza.

En situaciones especiales laborales en que por diversos motivos, el trabajador se encuentra sujeto a la violación de sus derechos fundamentales, especialmente en el trabajo del servicio doméstico, o del trabajo de deportista profesional, la necesidad de protección “*jus laboral*” específica resulta, en general, del desarrollo integral de la personalidad del trabajador en el vínculo laboral, consecuencia del grado de indeterminación de la actividad laboral, inicial o sucesiva – de la inexorabilidad de la actividad laboral en relación con la persona del trabajador y de la componente organizacional del contrato de trabajo.

Con todo, en las relaciones laborales especiales, conviene destacar que si al trabajador cabe respetar los derechos de personalidad del empleador, podrá no obstante admitirse en casos excepcionales, que el deber de lealtad, en donde se dan las dos situaciones específicas, determine además un deber de protección del trabajador en relación con el derecho de personalidad del empleador, partiendo del presupuesto y consideración de que el deber de lealtad no se traduce solamente en obligaciones de contenido negativo, sino también de contenido positivo.

El deber de lealtad constituye uno de los deberes que el trabajador con régimen especial de contrato de trabajo, tiene en relación con el empleador, y “*a fortiori*”, el deber, por parte del trabajador de guardar el secreto en relación con las informaciones que se le pasan, en función del contrato de trabajo, y se presenta como uno de los matices de la “*fiducia*” inherente a la relación laboral, resultando por tanto, que la confidencialidad es esencial en ese ámbito, y que esa misma confidencialidad es transversal a la confianza depositada.

Las especificidades que abordamos en el Capítulo VI, nos indican que determinados profesionales están obligados a un grado de lealtad que traspasa la de un trabajador común, por motivos inherentes a quienes resultan implicados, así como las características de la prestación o la duración del contrato, y por ende del deber de lealtad que se implica, pues, naturalmente, en el contrato de trabajo se dan situaciones prácticas en que, por diversos factores, e insertado en el contrato mismo o como añadido, se da un compromiso de lealtad, y tal situación ocurre, como regla general con trabajadores que ocupan cargos de confianza, funciones técnicas, funciones de especial cualificación, profesionales de la información, deportistas, entre otros, al ser situaciones de enorme vínculo triangular de lealtad, y en el caso especial de los empleados públicos que además del deber de lealtad y diligencia para con la AP, lo tiene subsidiariamente con los administrados, y en este caso en particular, el bien



jurídico protegido es el normal funcionamiento de la AP, teniendo cuidado en que no sean divulgados determinados secretos de relevancia para la perfecta actuación funcional del Estado y de los demás, protegiendo se incluso el propio interés particular, que podría resultar lesionado con una indebida publicidad de datos secretos que están a alcance restringido, y obviamente el de también asegurar que el empleado público a quien fue confiado el secreto de la AP mantenga su deber de lealtad.

El principio de confianza que subsiste en estas relaciones especiales de trabajo, es el corolario de varios deberes de los cuales, el más importante, es el de las partes que actúan en la relación contractual, con lealtad, probidad y honestidad.

Como efecto, habrá que reconocer que la proporción en que la empresa/empleador – su funcionalidad y su eventual eficacia -, dependen de cada trabajador, y es en principio, mayor en las pequeñas que en las grandes empresas, y por tanto, son también en principio, en las pequeñas empresas, mayores los costes de peor integración del trabajador en la unidad funcional de la empresa, así como, por otro lado, cuanto más pequeña es la empresa, más importancia relativamente tiene la confianza personal, y aludimos a los caso del empleo doméstico, abogados, y por tanto al deber de lealtad del trabajador.

Acentuamos con particular incidencia en estas relaciones, que el deber de lealtad u honestidad no es susceptible de graduación, como dejamos expuesto en anteriores exposiciones, constituyendo un deber absoluto, por lo que cualquier deslealtad a él conlleva una falta sustancialmente grave, al eliminarse la confianza depositada hasta el momento de su cometido, por su entidad empleadora, en el infractor, porque en el deber general de lealtad sobresale su lado subjetivo, que dimana de su estrecha relación y de la permanencia de la confianza entre partes, de modo que la conducta del trabajador no origine en el empleador la duda sobre la idoneidad futura de su comportamiento, ni destruya o avale la confianza subyacente en el contrato de trabajo.

**Octava.** Es nuestra opinión que nunca la lealtad y la confianza fueron tan esenciales, si nos percatamos del vacío de reconocimiento de tantas virtudes morales frente a la importancia de la posesión de los bienes materiales.

Ser leal a la empresa y no perjudicarla en favor del beneficio propio constituye, por lo mismo, un valor primordial en los tiempos actuales, para reafirmación de los valores de honestidad y de la corrección del comportamiento que deben de ser ensalzados ante la búsqueda desenfrenada del éxito económico.

Por la misma razón entendemos, que debe de sancionarse la deslealtad del trabajador que actúa o decide, en situación de conflicto de intereses en su propio favor, menospreciando el interés social y la importancia de la empresa como centro productor de beneficios para la colectividad y como ámbito propicio para su desarrollo personal y social, porque la empresa, es por tanto, sujeto de derechos, y promotora constante de la lealtad y confianza de dirigentes y trabajadores.

En el desempeño de la función asignada, dichos trabajadores están sujetos a una serie de obligaciones que emanan de la necesidad de dar cumplimiento a los deberes genéricos y específicos, y entre ellos al deber de lealtad, como resultado del vínculo de confianza implícito en la diligencia confiada.

Es un deber con algunas características de *“invisibilidad”*, pues aunque jurídicamente existente, y lo es por cuanto se trata de una imposición moral y jurídica mediante la obligación de actuar a través de una conducta sincera y recíproca, así como beneficio jurídico, que es su objeto, por ser imperativo del deber de lealtad entre los diversos actores que envuelven las relaciones laborales.

Y este trabajo tendría una laguna etimológica si, y al margen de la etimología de lealtad, no completásemos, aún más en las conclusiones, un refuerzo de la norma y que es un concepto del deber propio.

*Y ¿por qué “deber” y “lealtad” se oponen? ¿Pero qué es el deber? ¿Que significa?*

El deber en cuanto sustantivo puede ser empleado en sentido abstracto y en sentido concreto, en el primero, hace referencia a la propia obligación moral considerada en si misma, de modo general, sin referencia a tal o cual norma de actuación, y en cuanto al sentido concreto, un deber significa una acción determinada.

Queriendo así significar el hecho de encontrarse una persona sujeta al cumplimiento de una obligación, en virtud de lo cual tendrá que dar o restituir alguna cosa; y hacer o no hacerla, lo que en acepción amplia, revela la obligación que impone a cualquier persona de hacer o no hacer alguna cosa, según las normas que se inscriban en el derecho e incluso en la moral.

Más, en esta circunstancia, el deber se presenta con una doble acepción : deber moral y deber jurídico, solamente estando, legítima y racionalmente, sujeto a convertirse objeto de una coacción externa, en cuanto el deber moral se caracteriza por ser libre y voluntariamente asumido, no teniendo imposición de orden legal que pueda compeler a la persona a su cumplimiento.

El deber jurídico, dependa o no de la humana voluntad, establece siempre un “*vinculo juris*”, que origina la necesidad jurídica de cumplir aquello a lo que uno está obligado.

De esa manera, el deber jurídico de lealtad, proviene tanto del contrato, para formular especialmente la obligación creada por mutuo consentimiento de los contratantes, como se deduce del respeto por los principios elementales de equidad y de orden jurídico, en virtud de los cuales se consolida la obligación de no menoscabar el derecho ajeno “*neminem laedere*”.

Pero al ser el deber un elemento necesario para el cumplimiento de la lealtad, y dado que las relaciones de trabajo no consisten en un simple intercambio de prestaciones patrimoniales, ya que hacen al trabajador entrar en una comunidad de trabajo y obligan al empleador a concederle la necesaria confianza, y por ello que se impongan las partes obligaciones peculiares.

El presente estudio tuvo, inicialmente, el “*privilegio teórico*” de una cierta irrelevancia y desconsideración del deber de lealtad, porque, era un deber tipificado en la ley laboral portuguesa de poca o ninguna utilidad práctica, supuestamente, hagámoslo saber, esa secundarización no pasaba de un simple precepto normativo, sin embargo, en el desarrollo de la investigación podemos observar y volver a considerar, que la amplitud del tema va mucho más allá de una “*línea tipificada en el Código de Trabajo portugués*”, y de la inexistencia tipificada en el ETE.

Y lo es tanto así, que concluimos que la jurisprudencia laboral portuguesa revela sobremanera la violación del deber de lealtad en detrimento de todos los otros deberes accesorios, y podemos afirmar, que el cumplimiento del contrato de trabajo por el trabajador en los Tribunales Superiores portugueses de Justicia, representó estadísticamente, y concomitantemente con las faltas injustificadas y violación del deber de celo, cerca del 80% de las motivaciones que llevaron al incumplimiento del contrato de trabajo.

Sobre todas las razones que seleccionamos durante el presente estudio, según los comportamientos de los trabajadores de incumplimiento de la lealtad, también se pronuncian los Tribunales Superiores Españoles y especialmente el Tribunal Constitucional, predominantemente, por la violación del deber de lealtad por parte del empleador, teniendo al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como el corolario apreciativo de lo que los Tribunales de Portugal y España no resolvieron.

Concluimos que la interpretación de “*accesorio*” no está rigurosamente separada de la aplicación del propio concepto de aleatoriedad, pues una interpretación teórica o queda

incompleta u opera sobre casos hipotéticos, y no tiene límites genéricos sino, solamente, disposiciones limitativas.

Entendemos que todos los deberes de conducta del trabajador y empleador tienen como objetivo primordial una finalidad negativa, dado que en última instancia, funcionan como una especie de entramado que permite la adopción de comportamientos desleales y deshonestos, o hasta intereses perfectamente injustificados que pueden mancillar la relación laboral, y esta función negativa de los deberes de conducta es un medio de consolidar la función positiva, ya que el deber de lealtad, y en cuanto privilegiado deber accesorio, permite actuar de tal forma que no se cause perjuicio innecesario a otra parte, o se de una total abstención.

No fue nuestro propósito en este estudio la lealtad en cuanto un juicio ético de apreciación de la conducta del trabajador o del empleador, sino una reflexión moral y jurídica sobre un conjunto de conductas reconocidas como adecuadas y convenientes al comportamiento de las partes en la relación laboral.

Estos deberes no interesan directamente al cumplimiento del deber principal de prestación laboral, sino que tienen como fin garantizar el exacto procedimiento en la relación obligacional, y que desempeñan una función instrumental, velando por el desarrollo regular del contrato de trabajo como un todo, que ha de proceder entre personas que tratan honestamente y con lealtad.

Constituyen en realidad deberes de adoptar determinado comportamiento, positivo o negativo –, con tal cuidado que no lesionen la confianza de la otra parte.

Constituyen deberes que no fueron escritos por las partes, no formalizados por la voluntad de los contrayentes en el instrumento obligacional, sino tácitamente previstos en razón de la función social que asume el contrato de trabajo, son deberes que emanan de la obligación de conducta fijada por la buena fe, como deber de probidad, información, honestidad, lealtad, cuidado, en fin, deberes que provienen de la moral bilateral y sinalagmática.

Deberes secundarios que se destinan a crear para ambas partes de la relación jurídica un determinado patrón de comportamiento, cuyo contenido objetivará, muchas veces, evitar que la otra parte sufra un perjuicio, y otras veces exigirá una actitud de cooperación, para que la otra parte alcance en toda su plenitud la finalidad prevista en el contrato.

En tanto que el deber de lealtad nace en el decorrer de la relación jurídico laboral, por ello no debe ser previsto ni valorado fuera del caso concreto, y sucede aún que surgen en el

principio de la relación obligacional, actúan en todas las fases del contrato, o sea en la fase de conformación contractual, en el decurso de su cumplimiento y en su conclusión, es decir fase post-contractual.

Ante todos los aspectos analizados, lo que se puede considerar, es que existe una preocupación creciente, tanto por parte de la legislación en cuanto teoría, en imponer, cada vez más, el deber de lealtad en la conducta de las partes, pues el actual aprendizaje de la sociedad, en el que se busca la aplicación de la llamada justicia social, no se conviene con la mala fe y la deslealtad, en cualquier prosecución que conlleve la justicia, sobre todo en las relaciones laborales.

La lealtad es común y fértil en las relaciones extra-laborales, tanto en Portugal como en España, en unos casos con contenido positivo, en otras con negativo que denotan una deslealtad material y deslealtad moral, siendo en la doctrina portuguesa lo primero en la práctica voluntaria del acto, y la segunda susceptible de manchar la honra o herir otros sentimientos.

Las obligaciones vinculadas por los códigos de la ética y deontológicos determinan conceptos de aplicabilidad vaga del deber de lealtad, sobresaliendo el deber de ser leal a través de una actuación correcta, con respeto y verdad, a pesar de ello en la inmensa mayoría de los casos la imperatividad de estos preceptos se desvanece en la penumbra de los profesionales que tienen la obligación y el deber.

Por tanto se hace necesario que el legislador cree mecanismos cada vez más perfeccionados que tengan por objeto inhibir las conductas desleales, extendiéndose el castigo a todos los que directa o indirectamente contribuyan a los referidos desvíos de conducta, porque la verdad es evidentemente de naturaleza esencial en el contrato de trabajo, y aunque la laguna pueda suplirse por la analogía, la lealtad es exigible o está justificada por las partes integradas en el contrato de trabajo.

La privación de la confianza entre los participantes en las relaciones laborales puede conducir inevitablemente a una deslealtad y luego a la ruptura contractual, y la confianza es esencial para el éxito de las relaciones jurídicas laborales, y estas relaciones se comentan sobre convicciones y sobre el respeto recíproco con credibilidad entre las partes, porque la lealtad no puede desaparecer.

El deber de lealtad demanda la adecuación de la conducta funcional del trabajador, del empleador y de sus respectivos representantes, conforme a los intereses perseguidos que

institucionalmente los concretizan, y como tal requiere el cumplimiento de obligaciones que integran el contrato de trabajo.

Es en este nivel en el que podemos admitir que es un deber base de todos los otros deberes de los trabajadores, y predominantemente en la forma restrictiva, los deberes de secreto y no concurrencia, así como abstenerse de conductas contrarias a la dignidad y prestigio del empleador a través del deber de diligencia y corrección, y en cuanto al empleador consolidamos genéricamente de forma amplia el deber de lealtad en su magnitud comportamental.

Señálase el deber de lealtad con autonomía y espacio propio, porque existen conductas que siendo encuadrables en la violación de otros deberes, son perfectamente percibidas como contrarias al deber de lealtad.

## CONCLUSÕES

Quando chegamos ao capítulo das Conclusões temos a impressão de ter abordado muito mais do que as questões que inicialmente formulámos e que nos propusemos dar perante os problemas detectados ou questionados.

Em qualquer caso, consideramos que os objectivos iniciais tiveram um razoável grau de prossecução pelos seguintes aspectos: entendemos que neste estudo foi conseguido a pormenorização dos aspectos que caracterizam a lealdade nas relações laborais, abstraindo o dever de lealdade do princípio geral da boa fé; também podemos afirmar que, perante a análise e valoração da doutrina, legislação e jurisprudência, estamos na disposição de afirmar a importância do dever de lealdade, e consequentemente do dever de não concorrência e de sigilo, têm para o contrato de trabalho e nas relações laborais de uma forma ampla, enquanto regra de conduta de todos os intervenientes do mundo laboral, bem assim como para a regulamentação desta prática; por fim, e ainda que de maneira modesta e meramente ilustrativa, fizemos uma incursão a uma proposta de incorporação deste componente ético e fundamental no contrato de trabalho, enquanto o vazio legal na legislação espanhola.

**Primeira.** Abordámos a noção da lealdade, ligada à confiança, e que foi acolhida no antigo Direito alemão, e recebeu, aí, um contributo objectivista importante, isto é, a lealdade

era retirada do ritual solene e da aparência dele resultante, e além disso, impôs-se uma funcionalização do conceito: a lealdade é devida à chefia e por via desta.

O racionalismo adoptou a lealdade, dando-lhe uma cobertura sistemática, a inferir da própria natureza humana, e foi através da etimologia do vocábulo “*lealdade*” que conceptualizámos critérios orientadores para a investigação efectuada, ainda que tenhamos procedido a um estudo cuidado e minucioso sobre o estado que foi, e o estado que é do “*dever de lealdade*” na conjuntura dos tempos passados e actuais, sobretudo no âmbito laboral, mas sem que tivéssemos abandonado as perspectivas com da envolvente do cidadão e o trabalhador.

*Mas terá este estudo preliminar que invocamos no Capítulo 0 alguma razão e consistência para o aprofundamento a que nos propusemos?*

Foi indubitavelmente compreender a dimensão da doutrina jurisprudencial, dos estudos doutrinários que prevaleceram durante décadas e da legislação actual, e sobre esta em particular, verificámos alguma insipiência normativa, ultrapassada pela dogmatização do conceito de lealdade.

Em nome da estabilidade e da segurança dos negócios jurídicos, bem como, para a tutela das legítimas expectativas daqueles que contraem direitos e obrigações, a lealdade impõe comportamentos socialmente recomendados de cuidado, cooperação, honestidade, etc., e tutela-se, portanto, aqueles que numa relação jurídica acreditam que a outra parte procederá conforme os padrões de conduta exigíveis, e a confiança rodeia a “*aura*” da lealdade.

Verificamos a importância gradativa da confiança perante algumas funções desempenhadas pelos trabalhadores e que se traduziu na aplicabilidade dedutiva do dever de lealdade, sendo determinantes nas situações em que o conforto familiar e relação com o empregador, bem assim como determinados contratos de trabalho que aliam a confiança com a lealdade.

*Porém, é questionável se o trabalhador alia a confiança com a lealdade?*

Partindo de uma premissa sociológica, depreendemos que quanto mais confiança o trabalhador adquire pelo cargo que ocupa, mais vulnerável está a quebra da lealdade que supostamente une à entidade empregadora, e daí que algumas destas funções sejam demasiado volatilizáveis no espaço temporal.

Todavia, o dever de lealdade enquanto dever orientador de conduta tem uma amplitude conexcionada com outros deveres que isoladamente, ou em simbiose, equacionam o comportamento do trabalhador, ao qual não se furta o empregador, porque o respeito, a

urbanidade, a custódia e a honestidade não se podem verificar unilateralmente, porque se assim acontecer o enfoque corrompe-se e cessa.

**Segunda.** Este estudo teórico teve por objectivo analisar o dever de lealdade no âmbito social e jurídico, a lealdade no campo das relações de trabalho e suas relações com o ordenamento jurídico, nos países ibéricos Portugal e Espanha, e apesar de que o tema não ter sido suficientemente fácil de descortinar, tornou-se competente e competitivo ter procedido a uma análise circunstanciada dos pressupostos essenciais que motivam o dever de lealdade no contrato de trabalho, e se algo ficou por abordar, tal deveu-se à pertinência do tema, porque a lealdade na relação laboral, deixa de ser um elemento acessório para se tornar num elemento principal, ou pelo menos com um conteúdo especial.

O dever de lealdade sendo uma característica do conceito do princípio da boa fé, e enquanto um dever específico, tal como uma categoria que engloba uma multiplicidade de obrigações de conduta, positivas e negativas, e que se manifestam em todos os ramos do Direito, tem uma relevância significativa no Direito do Trabalho, sem que contudo se possa ter tido o privilégio investigador de o alocar nesta área específica e tão susceptível de ambiguidades interpretativas e aplicativas.

O consenso comum parece ser que uma pessoa que serve a empresa deve fazê-lo correctamente, ou ser responsável por má conduta e pelos danos decorrentes de seu comportamento. Isso pode levar a questionar de que há uma necessidade de definir os seguintes pontos: primeiro, as atribuições específicas de cada trabalhador; em segundo lugar, quais são as consequências aos trabalhadores se não cumprirem as atribuições definidas pela empresa; e, em terceiro lugar, quais são as medidas correctivas que os trabalhadores devem adoptar.

A lealdade está relacionada com ser leal, que cumpre promessas, que cumpre as leis, que respeita o que for combinado, ou ser dedicado, honesto ou sincero, enquanto que a fidelidade relaciona-se em ser fiel, ou seja, ser exacto ou semelhante, ou presta juramento, ou seja, e de uma maneira geral, ser fiel é ter prestado juramento, e ser leal é ter cumprido o juramento. Portanto, existe fidelidade sem lealdade e também existe lealdade sem ter sido fiel, pelo que poder-se-á prestar juramento e não cumpri-lo, como também se pode cumprir algo, sem ter sido obrigado a isso, pelo que e desta forma, e neste trabalho, sempre nos referimos à lealdade como forma de cumprir leis, promessas, compromissos ou acordos, muito mais significativo do que firmar documentos ou promessas.



Actualmente, a natureza da ligação de se ser “*fiel*” e “*leal*” é uma questão de debate, e os fortes sentimentos e a dedicação frequentemente associada entre fidelidade e lealdade levou alguns a afirmar que a fidelidade é apenas ou principalmente, uma sensação ou sentimento, que resulta numa estreita relação afectiva que se pode expressar em actos, embora mais como um epifenómeno de como seu núcleo, e mais não é que um “*instinto de sociabilidade*”.

A lealdade está relacionada com a família, os amigos, a profissão, a empresa, ou os pais, não aos seus, a não ser que estejam também relacionados mutuamente, e em tais identificações, o destino ou o bem-estar dos objectos de lealdade estão vinculados com a própria pessoa, e poder-se-á sentir vergonha ou orgulho dos feitos, porém deve-se assumir riscos e suportar os encargos por ter assumido.

Levantou-se-nos a questão importante de saber se os julgamentos sobre o valor da lealdade são redutíveis aos julgamentos sobre o valor das associações para os quais se presta lealdade, porém, a lealdade não tem qualquer valor independente do objecto particular associativo, o qual está relacionada, ou ao seu valor (lealdade) vinculado exclusivamente com o objectivo próprio da lealdade?

Alguns investigadores argumentam que a lealdade é virtuosa ou viciosa, dependendo do que é feito fora da lealdade, sendo que outros argumentam que a lealdade é sempre virtuosa, embora substituída quando associada a um comportamento imoral.

Percebe-se que a lealdade, geralmente, é vista como uma virtude particularista, isto é, constitui privilégio de certos grupos ou indivíduos, e embora exista o princípio universalista da lealdade, a partir da “*lealdade à lealdade*”, tem havido muito debate sobre a relação entre as obrigações particularistas, tais como aquelas associadas com lealdade e gratidão, e as obrigações universalistas devidas a todos, em virtude de sua humanidade, contudo, a discussão sobre lealdade tem as suas raízes modernas a partir dos ideais iluministas de igualdade e de respeito devidos a todos, em virtude de sua humanidade comum.

O que se conseguiu neste estudo foi definir implicitamente o dever de lealdade, nas diversas relações privadas até às relações de natureza pública, a partir da definição de ser leal, ou seja, quais relações que indicavam algum dever de cumprir promessas, cumprir leis, cumprir com o respeito do que se combina, cumprir com a dedicação, ser honesto ou sincero, e em no que diz respeito à fidelidade refere-se em ser fiel, o que o que na nossa perspectiva significará ser exacto ou semelhante, ou prestar juramento, e de uma maneira geral, ser fiel é ter feito o juramento e ser leal é ter cumprido o juramento. Portanto, existe fidelidade sem

lealdade e também existe lealdade sem ter sido fiel, ou seja, pode-se prestar juramento e não cumpri-lo, como também se pode cumprir algo, sem ter sido obrigado a isso.

Aliás, o estudo mostrou que a legislação portuguesa demanda maiores exigências do dever de lealdade implícito do que a legislação espanhola, por uma maneira muito simples: o ordenamento jurídico português preocupa-se com o conteúdo, com o detalhe, enumerando princípios não encontrados nas leis espanholas, enquanto, que o ordenamento espanhol se preocupa em definir princípios básicos, sem tanto entrar no mérito se determinada situação específica acontece. Por isso, as análises comparativas sempre foram realizadas, a partir do que trazia a legislação espanhola, pois, verificava-se que, a legislação portuguesa também contemplava, bastando apenas diferenciar, como aquilo que ficava como excedente das leis portuguesas.

Mas é importante estar o dever de lealdade previsto na legislação? Ou esperamos que seja a doutrina jurisprudencial a aplicá-la?

Já em Portugal, além de tornar a legislação mais benéfica para o trabalhador, torna a relação de lealdade muito mais pendente do lado da empresa, o que nem sempre pode ser considerado um factor de competitividade, já que, se os empresários têm que arcar com mais lealdade ao trabalhador, o aumento dos custos é inevitável, assim, a análise do dever de lealdade neste trabalho traz como consequência a maior ou menor competitividade, pois caso não haja equilíbrio nas relações de lealdade, de um lado terá sempre que contribuir com mais sacrifícios e a relação complica-se e o aparecimento de conflitos laborais também, daí que seja um dever básico no sinalagma do contrato de trabalho, enquanto em Espanha a boa fé é o núcleo central e abrangente do contrato de trabalho, não olvidando que os deveres acessórios, tendo a lealdade o “*privilegio*” de assumir, doutrinalmente e jurisprudencialmente uma “*papel*” relevante.

Portanto, o dever de lealdade torna-se um elemento de análise das relações de equilíbrio dentro de uma organização, a fim de enfrentar um mundo altamente competitivo, como o que a humanidade enfrenta actualmente.

A recepção jurídica da lealdade variáveis anómalas induzem o aparecimento de situações nas quais, não só seu próprio significado, mas a própria expressão de lealdade pode ser desvirtuada, e tal como vimos exprime-se nas várias ramificações do direito público e do direito privado, porém foi possível distinguir a cultura da “*pseudo lealdade*” das situações prevalentes dessa mesma recepção nas relações jurídicas compreendidas.

**Terceira.** Abordámos os antecedentes do Direito do Trabalho nas primeiras relações de trabalho entre os homens, o surgimento e a queda da escravidão, as primeiras formas de contrato de trabalho, a servidão, a formação dos Estados ibéricos, as organizações de ofício, as Revoluções Francesa e Industrial, as relações laborais em Portugal e Espanha, a partir da Revolução Industrial e até os dias de hoje.

Em Roma, a questão suscitava-se sobre o termo *fides*, separado em dois elementos: interno e externo, sendo que primeiro correspondia às promessas e aos deveres por protecção, do *cliens*, classe intermediária entre cidadãos e escravos, enquanto que o segundo dizia respeito à submissão dos povos conquistados e sua assimilação à ordem romana.

Com a evolução do tempo, o vocábulo passou a ser adoptado de modo complexo, como *fides bona* ou *bona fides*, permitindo, em questões submetidas a um Juiz, que a controvérsia fosse examinada de forma mais ampla e dinâmica, sem a fiel observância, comum à época, da ritualista vigente.

Sob a influência grega, houve uma aproximação da boa fé à “*aequitas*” (equidade), fórmula de interpretação ou Princípio de Direito útil a orientar o julgador na resolução de casos não disciplinados pelas regras.

Posteriormente, a partir da Idade Média, incorporou o Direito Romano, pelo contacto com a cultura germânica, a ideia de lealdade e confiança à boa fé, figurando pela primeira vez numa codificação em 1804, no Código Civil de Napoleão.

Contudo, era tido como um valor menor, prevalecendo uma visão individualista pautada na autonomia da vontade, o que, e perante tal cenário, o Juiz deveria actuar como mero aplicador da lei, a qual pretendia reger todas as hipóteses fácticas, sem qualquer lacuna ou contradição.

No contrato de trabalho, e por conta da desigualdade de forças dos contratantes é influenciada pelo princípio protector e pelas suas projecções, “*in dubio pro operário*” -, atraindo a influência dos demais, principalmente o da boa fé objectiva, em todas as fases do contrato (antes, durante e depois), norteados o agir de ambos os sujeitos.

A noção da lealdade, ligada à confiança, foi acolhida no antigo Direito alemão, e recebeu, aí, um contributo objectivista importante, isto é, a lealdade era retirada do ritual solene e da aparência dele resultante, e além disso, impôs-se uma funcionalização do conceito: a lealdade é devida à chefia e por via desta.

Na formação histórica do contrato de trabalho, os países ibéricos, até o começo do século XX, era devido muito mais o dever de lealdade por parte do trabalhador ao

empregador, devido a utilização dos Contratos por Adesão, que impunham as condições laborais, conforme somente as exigências do empresário. A partir do estabelecimento das normas de acidentes de trabalho e da presunção laboral, os contratos de adesão deixaram de existir e o dever de lealdade passou a ser recíproco, entre patrões e trabalhadores.

O período que antecedeu as ditaduras de Franco, na Espanha, e de Salazar, em Portugal, trouxe importantes conquistas aos trabalhadores dos países ibéricos, entre algumas, a redução da duração da jornada de trabalho, a permissão da formação de sindicatos, a instituição do seguro social e o direito de greve, porém, havia muitas manifestações e a greve era comum, em ambos os países, prejudicando as conquistas laborais e a redução do nível de emprego e de salários, ou seja, o dever de lealdade entre patrões e trabalhadores era recíproco na teoria, mas, na prática, não existia, em virtude de grandes manifestações, greves, crescimento do desemprego e de redução dos salários.

Houve, neste período, um retrocesso nas relações laborais, uma vez que os sindicatos foram proibidos de existir e de actuarem, era proibido a greve e tratada como caso de polícia, as condições laborais foram mantidas durante várias décadas e os salários não acompanharam a evolução dos preços, e apesar de ter havido alguma melhoria na produção industrial, devido à redução dos conflitos e a neutralidade de ambos os países, em relação aos conflitos mundiais, mas alinhados aos Estados Unidos, na Guerra Fria, tudo isso não foi suficiente para que os trabalhadores desistissem de seus direitos reduzidos, devido à repressão ditatorial.

No Direito do Trabalho, a lealdade conheceu uma especialização característica, pois surgiu como elemento clássico da relação jurídica laboral, de tal forma que vincularia o trabalhador a zelar, por acção ou por omissão, pelos interesses da entidade empregadora, e se, se opusesse estaria perante uma clara violação dos deveres de assistência, a cargo da entidade empregadora, obrigando-a a velar pela integridade física, económica e moral do trabalhador.

Este conceito de dever, fidelidade -, foi o impulsionador dos deveres acessórios do contrato de trabalho, e considerava-se que não havia na relação laboral o antagonismo de interesses entre empregadores e trabalhadores, pois o único interesse era predominante para o empregador.

O dever de lealdade, contrariamente ao que foi sustentado no passado, não se trata de um mero dever acessório, mas essencial para a configuração do contrato de trabalho que é alicerçado na confiança recíproca e no ânimo de colaboração, e não o devemos confundir com o princípio da execução das obrigações com boa fé, que é um princípio de alcance geral

sobretudo em matéria de contratos embora pelas próprias características do contrato de trabalho adquira especial importância para este e, coincida, em parte, com o dever de lealdade.

Historicamente o dever de lealdade foi, ainda que paulatinamente, distanciando-se da fidelidade pretoriana que vinculou a evolução do contrato de trabalho, e nas relações laborais, o dever de lealdade foi-se caracterizando pelo efeito adstringitivo do trabalhador dever zelar, por acção ou por omissão, pelos interesses da entidade empregadora ou da empresa, devendo o empregador velar pelo dever de assistência, física, económica e moral do trabalhador.

Por fim, o dever de lealdade evoluiu para uma norma de cooperação recíproca e consideração dos interesses das partes, conduzindo ao adimplemento, de maneira a proteger as legítimas expectativas criadas.

**Quarta.** *O alcance do dever de lealdade cria obrigações ao trabalhador e ao empregador?*

No conteúdo ético-jurídico do contrato de trabalho pode definir-se, como aquele que deriva do contrato de trabalho enquanto gerador de uma relação entre seres humanos guiados por um fim comum na empresa e entre os quais existe uma relação pessoal de respeito e lealdade recíprocas.

Na definição de contrato de trabalho que nos dá a legislação estudada, assinala-se que o trabalhador se obriga a prestar serviços pessoais que envolve e compromete a sua própria pessoa, pois obriga-se a uma prestação física e mental, que emanam da mesma e que são constitutivas da sua personalidade, a qual difere de trabalhador para trabalhador, pelo que a sua prestação é carácter personalíssimo ou singular, e assim sendo, o empregador não esgota a sua obrigação pelo pagamento da retribuição, mas muito mais, já que a pessoa do trabalhador apresenta problemas, interesses que podem ou não emanar do contrato de trabalho, mas que incidem na sua moralidade, aspectos humanos, rendimento laboral e que necessariamente competem ao empregador.

O conteúdo da relação laboral no que concerne às obrigações do trabalhador estrutura-se através dos deveres de lealdade e diligência, e estes deveres aglutinam o conteúdo geral da obrigação do empregador, e precisam de um conteúdo mínimo e obrigatório da natureza da relação, bem como determinam regras supletivas aplicáveis ao comportamento do trabalhador em detrimento de normas legais ou de pactos efectuados.

O empregador, e enquanto elemento causal da obrigação laboral, e ainda que não tenha um controlo directo sobre a conduta do trabalhador, deve, mediante os deveres de lealdade, dirigidos a tutelar em caso de conflitos de interesses, promover uma actuação de reciprocidade leal.

O contrato de trabalho pressupõe, para além do cumprimento recíproco das obrigações correspondentes ao respeito mútuo entre empregador e o trabalhador, e engtre este os demais colegas de trabalho, bem como com os representantes do empregador com o objectivo de lograr que o desenvolvimento e execução da relação contratual se realizem de forma pacífica e harmónica, e primem pela confiança, lealdade e solidariedade.

Tanto os trabalhadores como os empregadores devem observar sempre, nas suas relações laborais, comportamentos que primem pela reciprocidade, porque é esse o aspecto essencial da lealdade.

Quando há reciprocidade, cada parte é credora e devedora uma da outra, e nos contratos bilaterais como é caso do contrato de trabalho, o facto das obrigações serem uma a causa da outra, justifica a excepção do contrato não cumprido, e sendo denominados de sinalagmáticos existirá a reciprocidade das prestações.

Desta forma, cada um dos contratantes pode utilizar-se desse dispositivo para recusar a sua prestação, ao fundamento de que o demandante não cumpriu a que lhe competia, e como as prestações são recíprocas, estando a obrigação de um dos contratantes ligada à do outro, aquele que não satisfaz a própria não pode exigir o acessório da do outro, porque se o fizer, o último oporá, em defesa, a referida excepção, fundada na equidade, desde que as prestações sejam simultâneas.

Acontece porém, que é comum a existência do princípio da boa fé contratual para dirimir, de uma forma universal o incumprimento dos pressupostos subjacentes no contrato de trabalho, mas questionámos se assim deveria ser.

*Será que o princípio da boa fé é a resolução universal de todas as condutas entre empregador e trabalhador?*

Liminarmente, somos de opinião que se assim fosse, e perante uma conduta que consolidasse um incumprimento, então teríamos uma “boa fé” pedida e aplicada à medida dos interesses da parte que o requeresse, ora o dever de lealdade, materializa uma eficácia e uma efectividade aos princípios constitucionais da valorização da dignidade humana, da cidadania, da personalidade, da confiança, da probidade, e da honestidade nas relações jurídicas emergentes do contrato de trabalho.

Portanto não opinamos da interferência imediata desse princípio, porque os deveres acessórios a esse princípio, consolidam hoje em dia, e perante a jurisprudência portuguesa e espanhola, e perfeitamente consolidada pelo TEDH, como regras bem vinculativas desses incumprimentos, as condutas das partes, e com especial relevo para o dever de lealdade, sem olvidar o dever de informação, de respeito e custódia enquanto obrigações básicas do contrato de trabalho.

É que estamos perante regras de conduta que são verdadeiros preceitos de natureza ética em que cada uma das partes deve ajustar a sua própria conduta com probidade, honestidade e lealdade.

O dano moral assenta na teoria subjectiva da responsabilidade civil, cujo postulado básico se fundamenta no conceito de culpa, e esta, fundamentalmente, tem por pressuposto a infracção de uma norma preestabelecida, revelando-se necessário, ainda, que a conduta de uma das partes venha a atingir, efectivamente, algum dos bens que lhe diga respeito, quais sejam, a intimidade, vida privada, honra e imagem, e todas essas ponderações acerca dos pressupostos da responsabilidade civil pelos danos causados na fase contratual também são aplicáveis ao dano pré-contratual, correspondente às despesas e prejuízos que a parte suportou em decorrência da frustração injustificada da formação do contrato de trabalho, bastando que fique comprovada a violação dos deveres de lealdade, protecção e informação pelo empregador para com o futuro trabalhador.

Nesse sentido, podemos afirmar que a incidência do dever de lealdade, inicia-se desde que haja o estabelecimento de um contacto social qualificado entre dois ou mais indivíduos, de modo que, mesmo existindo um desequilíbrio material entre os seus poderes conseguidos com meios ilícitos ou enganosos, a parte mais forte não poderá exercer a sua autonomia privada em detrimento de legítimas aspirações daquela que se revelar mais fraca, e nesse contexto, o reconhecimento de um dever de actuação ética, honesta, transparente e de cooperação é imperativo da lealdade, cuja sumptuosidade é capaz de coibir os desonestos, os maliciosos, a deixarem de agir como se não o fossem, e é esta a forma de estabelecer a confiança apta a fomentar as relações jurídicas e a própria prosperidade social através do contrato de trabalho.

A doutrina tem considerado como definição de concorrência desleal, todo acto do concorrente que, valendo-se de força económica de outrem, procura atrair indevidamente sua clientela, e de facto, os desvios que turvam o senso moral, como tem assente a doutrina, que preside nas relações jurídico-laborais, são considerados actos ilícitos, merecendo, pois, resposta adequada do ordenamento jurídico ibérico

Com isso, distinguimos os actos de concorrência em leais e desleais, e por isso ilícitos, exactamente para sancionar determinados actos que, praticados por pessoas concorrentes, desrespeitam as regras do jogo, confundindo o livre funcionamento do contrato, e como consequência, acarretando prejuízos para os legítimos titulares dos direitos violados.

Essas práticas que se introduzem sob a epígrafe de “*concorrência desleal*”, recebem, no entanto, designações diversas na doutrina, chamando-as alguns autores de “*concorrência ilícita*”, enquanto outros reservam essa designação para as insurgidas no curso de um contrato e deixam a expressão “*concorrência desleal*” para a violação extra-contratual, todavia, prevalece, no entanto, na melhor doutrina, a sinonímia.

Enquanto premissa fundamental, que o dever de lealdade é no contrato de trabalho, o dever acessório nuclear mais importante seja na dimensão restrita seja na dimensão ampla, sendo dotado de pós-eficácia na dimensão restrita e será o caso do dever de sigilo após a cessação do contrato de trabalho, bem assim como através da dimensão ampla vertido que está pela dimensão personalista e pela dimensão organizacional a que o trabalhador fica adstrito pelo contrato de trabalho, e terá, em nossa opinião, uma importância nuclear enquanto regra de conduta.

A pessoalidade, no entanto, é um conceito que pode ter, um significado mais amplo, e em primeiro lugar, e não só, o de intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do trabalhador, da actividade a ser por ele prestada, próprio dos contratos intuitu personae, o que não é exclusivo da relação de trabalho, porque é exigência também de alguns contratos de direito civil; em segundo lugar, o de indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho que presta, porque o *quid* a prestar é a própria actividade da pessoa, o que mais destaca a singularidade do contrato de trabalho, bem como, o de personalidade, na medida em que, empenhando a própria pessoa no desenvolvimento do contrato de trabalho, o trabalhador deve ter a protecção legal de direitos básicos que protejam a esfera mais íntima do seu próprio ser, a sua moral e a sua dignidade, e por fim o de espírito de colaboração, porque, apesar da luta de classes, se o trabalhador depende da empresa para a sua subsistência e se está inserido na sua organização, não pode deixar de cumprir um dever ético-jurídico de lealdade ao empregador.

O dever de segredo, sendo um elemento integrante do dever de lealdade induz-nos, - ou pode induzir-nos -, numa eventual proposição dicotómica, ou seja, ou o dever de segredo é uma regra, e a informação uma excepção, ou então estamos perante uma atitude do empresário alheia à desburocratização do conhecimento.

Mas perante o que foi investigado e agora concluído, e ainda que possamos deter algumas interrogações, *será que o dever de lealdade é de extrema relevância no contrato de trabalho? Mas será só para o trabalhador? Estará o empregador imune a esse dever? Qual a consistência prática da violação do dever de lealdade?*

A obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador, pois verifica-se que, mesmo perante uma qualquer e eventual negligência do legislador na recepção do dever de lealdade, a necessidade de parâmetros para a conduta do trabalhador e do empregador, perante o contrato de trabalho, leva-nos à imposição, por parte da doutrina e jurisprudência, mesmo que de forma tácita, das directrizes do referido dever e constata-se a grande relevância que a contemplação da lealdade tem na doutrina jurisprudencial.



Porém, surgem obrigações de conduta por parte do empregador, e o dever de cooperação através de atitudes e comportamentos devem ser pautados nos ditames de uma atitude leal de respeito e bom senso, pelo que lhe cabe agir com uma lealdade eficaz, não adulterando o que foi estabelecido através do contrato de trabalho, bem assim como fazendo prevalecer as prerrogativas que possui para tornar os direitos do trabalhador insuficientes.

A relação que envolve o trabalhador e o empregador resulta de uma acto existencial pelo facto de advir de uma realidade social inequívoca em que se procura obter os meios necessários à manutenção do vínculo celebrado através do contrato, com urbanidade, probidade e honestidade, e havendo o incumprimento através da violação do dever de lealdade, surge da parte contrária a pretensão de obter a reparação pelo prejuízo sofrido, e não basta formular critérios leais teóricos, tal seria insuficiente, é necessário pois, e sempre que possível, concretizá-los para uma aplicação diligente e séria.

O dever de lealdade influi de forma pelas razões que vêm sendo apontadas e bem assim porque sendo o trabalhador obrigado a colaborar na estrutura organizacional do empregador, e a manifestar lealdade e cometimento para com as necessidades e interesses da organização, deve por tal razão ser um cidadão de bom índole organizacional, e ao empregador cabe-lhe defender o bem-estar e os interesses do trabalhador, porque quando o trabalhador se mantém leal, e actua com lealdade à empresa e às suas funções, ancora-se na expectativa de que o empregador retribua essa lealdade e dedicação.

Quanto ao poder disciplinar é um poder funcional, cujo exercício tem por finalidade a defesa dos interesses da empresa, ilícita e culposamente prejudicados pelo trabalhador, estando circunscrito às condutas deste, que contrariem as suas obrigações contratuais e legais, devendo a trabalhador ser visto como pessoa concreta, titular de direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de opinião e de expressão, mas verificámos que o poder disciplinar justifica-se nas necessidades organizacionais da empresa e é susceptível de controlo jurisprudencial.

A essência punitiva do poder disciplinar, humilhante e estigmatizante para o trabalhador, obriga o empregador a uma ponderação da infracção em termos semelhantes ao das sanções penais, uma vez que se trata de uma pena, em cujo processo de aplicação se verifica uma confusão entre a parte que se alega da posição de vítima e o julgador, porém a teoria gradualista, como aliás a jurisprudência revela com frequência e amplitude, é a mesma valoração individualizada e de circunstancialmente variável, o que não impede que a teoria gradualista não identifique o leal do desleal.

#### *Existe sanção pela violação do dever de lealdade?*

O despedimento disciplinar é uma forma de terminar a relação de trabalho por iniciativa do empregador, motivada perante uma existência justificada e relacionada com a conduta do trabalhador.

A presença de certas faltas à disciplina organizacional, por acção ou omissão voluntária, de carácter grave e que constituam incumprimento das obrigações contratuais do trabalhador, permite ao empregador determinar a relação laboral.

O despedimento com justa causa é assim motivado por uma incumprimento doloso ou culpável dos deveres e obrigações que o contrato impõe ao trabalhador.

O dever de boa fé obriga ao cumprimento das obrigações com rectidão e honradez, e o incumprimento manifesta-se no abuso de confiança e adopta matrizes de incorreção e desonestidade, tais como as actuações delitivas, o engano, a deslealdade.

Do incumprimento do dever de lealdade deriva como única sanção o despedimento, pois a falta de lealdade é uma conduta *per si* grave, mas para que o incumprimento do dever de lealdade determine o despedimento é necessário, não só a transgressão do dever de boa fé, mas também que a conduta que motivou a transgressão seja suficientemente grave e culpável.

O empregador tem de ponderar, na aplicação de sanções, a gravidade da infracção e o grau de culpa do trabalhador, tendo em conta todas as circunstâncias atenuantes do caso em concreto, valendo uma regra de proporcionalidade, e esta regra exige a consideração da prática disciplinar da empresa face à generalidade dos trabalhadores e da política de direcção do pessoal, bem como dos antecedentes disciplinares do trabalhador considerado, e ainda o poder disciplinar não pode ser entendido como um poder absoluto e arbitrário da empresa, e desde logo, o exercício do poder disciplinar só é lícito se estivermos perante a prática de uma infracção disciplinar, traduzida na violação culposa dos deveres laborais do trabalhador.

**Quinta.** Assim, actua de forma abusiva o empregador que aplica uma sanção disciplinar a um trabalhador que exerce um direito próprio ou que desobedece a uma ordem ilegítima, ou reclama contra uma situação discriminatória.

O respeito aos direitos fundamentais é, portanto, a forma de realizar a dignidade da pessoa humana, entre os quais, figuram os direitos de personalidade, que são aqueles que diferenciam uma pessoa das demais, e assim esses direitos tutelados pela ordem constitucional e legal precisam ser respeitados em todas as situações, ainda mais naquelas em que há subordinação, sendo que o direito à intimidade, configura um dos aspectos mais marcantes da personalidade, por se tratar, justamente, daquilo que está na esfera mais interior de cada pessoa e que somente a ela diz respeito, ou seja, são os aspectos mais pessoais, referentes a experiências, gostos, expectativas, necessidades, sentimentos que somente devem ser compartilhados com pessoa de sua escolha.

O empregador não pode invadir a esfera íntima do trabalhador a fim de controlar os seus actos e evitar danos no seu próprio património, e defendemos a ideia de que o trabalhador, enquanto cidadão deve ser protegido na sua totalidade contra todo e qualquer acto desumano ou degradante que ataque sua dignidade ou ofenda sua personalidade, com respeito e com uma custódia devidamente padronizada.

A ordem de valores proclamada pelas Constituições, promove uma apreciação dos direitos subjectivos, pela afirmação dos deveres de todos os cidadãos como limites da expansão individual que subsiste a cada um, e tal resulta do conceito dogmático da boa fé, pois os deveres acessórios que decorrem deste princípio nuclear, e entre os quais o dever de lealdade, o dever de transparência e dever de informação, não podem ser fundamentados na exclusiva vontade das partes, mas sim na ordem objectiva instituída pelo ordenamento jurídico.

Em relação às questões de soberania envolvendo os direitos fundamentais, ambas as Constituições tratam da mesma forma a lealdade à Constituição em todos os níveis, ou seja, perante a análise constitucional em referência aos trabalhadores e as relações laborais permitem-nos afirmar, que, de um modo geral, os dois países tratam da liberdade sindical, do direito à greve e da validade dos contratos colectivos de trabalho, de tal modo que, as relações de lealdade são praticamente as mesmas, dadas pelas Constituições, a menos que, na CRP, existam mais elementos relacionados com a lealdade nas relações de trabalho, como é o caso da proibição de “*Lock out*” por parte dos empresários.

O corolário essencial e comum aos direitos fundamentais é enquadrado pelo princípio da igualdade enquanto proibição de discriminações, que se refere a uma igualdade material e se dirige especialmente às actuações arbitrárias ou injustificadas, determinadas por diferenças como a religião, a liberdade de expressão, a protecção dos dados pessoais e intimidade, até ao exercício do direito de recurso aos tribunais.

Havendo discriminação, pode haver lugar a responsabilidade civil e a indemnização, desde que se prove, - o que diga-se, na maior parte das vezes não é fácil -, que não houve, ou não poderia ter havido outra razão para o facto de que dele resultou um prejuízo real para o trabalhador atingido.

Mereceu-nos um particular destaque no que concerne sobretudo à liberdade do trabalhador mas podendo também ter a ver com a reserva sobre a intimidade da sua vida privada, e que consiste na repercussão na relação laboral da condução da sua vida fora do trabalho, ligando-se esta, de um modo particular, àquela outra (não menos importante) problemática das restrições ao exercício pelo trabalhador do direito à liberdade de expressão e de informação.

Sem dúvida que sobre o trabalhador recai um dever genérico de discrição no que respeita à vida da empresa que não seja do domínio público e de que tenha tido conhecimento por causa ou por ocasião do desempenho das suas funções, sendo que o dever de não divulgar notícias cessa, porém, nos casos em que a informação incida sobre a prática de um crime, como sucederá, por exemplo, quando o fabrico de determinado produto, por não respeitar as regras aplicáveis, constitua um perigo para a saúde pública.

*Mas vejamos, e quanto à liberdade de expressão? Existem excepções?*

Em nossa opinião, verificámos que excepções à liberdade de expressão são muitas, e os vários direitos não surgem como fortalezas fechadas uns perante os outros, aglutinam-se num sistema coerente, porque todas as normas proibitivas de afirmações ou atitudes que agridam os outros ou o interesse geral são excepções à liberdade de expressão, - a proibição de atingir a honra alheia, por exemplo, seja do empregador, seja do trabalhador, ou de relações próximas de cada um deles.

*Se há assim um instituto constitucionalmente perseverado que justifica a restrição, o que poderá revelar-se afinal problemático?*

As dificuldades surgem quando a relação entre os dois direitos se deteriora, ao ponto de quebrar o equilíbrio razoável conforme aos objectivos prosseguidos por cada uma das partes, e em que a deslealdade supera o direito que assiste a uma das partes.

Perspectivamos, de uma forma acentuada ao esvaziamento do conceito do dever de lealdade, e torna-se cada vez mais evidente, embora a lealdade seja cada vez mais importante para combater o efeito dessas mudanças na tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo que é indispensável atribuir-se ao trabalhador o direito a ser reconhecido como proprietário de sua força de trabalho e detentor de direitos fundamentais, próprios da sua dignidade e da sua honra, e a dignidade é aqui considerada como direito, princípio e necessidade, vinculando não apenas o empregador privado, mas também o empregador público, pelo que não podemos esquecer que o contrato de trabalho não afasta do trabalhador os seus direitos fundamentais, e a adaptação às necessidades e técnicas de gestão do empregador não podem significar renúncia do trabalhador à sua dignidade.

Contudo, não é possível fazer um esforço sensato para obedecer às leis, a menos que se conceda aos tribunais o poder genérico de modificá-las através das suas decisões, e entretanto, e se a matéria em discussão afectar os direitos individuais e fundamentais, e se for possível argumentar junto dos Tribunais Constitucionais que foi cometido um erro, qualquer uma das partes, não extrapolará os limites dos seus direitos fundamentais ao se recusar a aceitar essa decisão como definitiva.

A constitucionalização do Direito Privado, instituindo a dignidade da pessoa humana como valor a ser resguardado em qualquer relação social e jurídica, repercutiu-se também no Direito do Trabalho, alterando o modo de ver o trabalhador, na medida em que o conceito abstracto e impessoal, calcado por sentimentos tradicionais de fidelidade deu lugar a um conceito que ganha concretização, que põe o carácter desigual e injusto em determinadas relações contratuais.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-laborais acaba por criar a situação de conflito entre bens constitucionalmente protegidos, e eis que, conforme visto neste estudo, a autonomia privada também possui “*status*” constitucional, fazendo com que exista uma colisão entre princípios quando os direitos fundamentais são deslocados para o plano horizontal.

Pudemos verificar a existência de colisão entre direitos fundamentais, sempre quando a Lei fundamental proteger simultaneamente dois valores que são aplicáveis à mesma situação, sendo que a colisão é justificada pelo facto das normas de direito fundamental serem abertas e móveis, não tendo limites previamente fixados.

*Qual a relação do dever de lealdade com os deveres fundamentais?*

Os direitos fundamentais assimilam-se ao conteúdo do contrato de trabalho e operam num plano de coordenação horizontal com os restantes elementos prescritivos do mesmo, tal como a boa fé ou a lealdade.

Estes direitos ficam desta forma submetidos e influenciados no seu exercício pelas restantes categorias próprias do contrato de trabalho, e observámos o papel da doutrina constitucional e do TEDH, em que se acentua a lealdade nas relações laborais sobretudo no que diz respeito à intimidade, liberdade de expressão, dados pessoais, manifestação e reunião, e na liberdade ideológica.

A literatura jurídico-laboral e a própria jurisprudência constitucional assumiram o que referimos, e em matéria de direitos fundamentais do trabalhador, ou seja, estamos perante princípios, e não regras, e como tal devem ser aplicados pela ponderação.

De maneira quase consentânea, o dever de lealdade não está sujeito a nenhuma condição ou limitação, questão que se torna de difícil justificação no âmbito de uma relação contratual que legitimamente pode dar lugar a conflitos e disparidade de posições entre as partes.

*Infringem este dever de lealdade os trabalhadores que dão a conhecer problemas de higiene e segurança laboral na empresa, condutas anti-sindicais, conluio com outras empresas ou reduzidas retribuições?*

A jurisprudência comparada escora que um contrato de trabalho não supõe a existência de um dever genérico de lealdade com um significado omnicompreensivo de submissão do trabalhador ao interesse empresarial, pois não se coaduna com o sistema constitucional das relações laborais e surge até como uma contradição à existência do próprio conflito, cuja legitimidade está suportada pelo texto constitucional, aliás como foi referido neste estudo e consolidado através da sentença do TCE 120/1983.

Perante esta perspectiva, a consistência prática da eficácia directa e imediata dos direitos fundamentais do trabalhador na relação laboral terá um efeito democratizador, já que se elimina a sobrevalorização do dever de lealdade do trabalhador à empresa como expressão de uma subordinação pessoal a um elementar conceito retrógrado e anti-democrático.

Os direitos fundamentais no contrato de trabalho consolidam deveres, que a lealdade consegue absorver, ou pela indisponibilidade de as partes poderem fazer valer os seus direitos, ou porque aplicação dos deveres acessórios e/ou complementares do dever de lealdade, tais como a custódia, diligência, honestidade e liberdade, se tornam "*levianamente*" principais arredando a lealdade para uma secundarização.

O exercício da acção judicial é na grande maioria das vezes a sedimentação dos verdadeiros direitos dos trabalhadores, e porque não dos empregadores, e a doutrina constitucional, principalmente espanhola e europeia, enfatiza o dever de lealdade como um valor basilar dos direitos fundamentais do contrato de trabalho.

**Sexta.** *O dever de lealdade deve ser um meio de suporte nas relações colectivas?*

Desde a perspectiva analisada neste estudo, a negociação é uma trajetória de diálogo para resolver toda a oposição dos interesses antagónicos, e essencialmente, supõe a existência de um interesse comum que impõe limites à divergência, e temos a percepção que a negociação é um método que tem como finalidade produzir decisões compartilhadas ou de consenso.

De tal modo assim é que os actores devem actuar de acordo com princípios impostos por uma lealdade recíproca de conduta e a certeza que existirá um respeito mútuo por esses princípios.

A referida lealdade recíproca entre as partes constitui assim uma assumida bilateralidade, a maior expressão dos factores jurídico-pessoais que caracterizam as relações colectivas, e impõem a quem deve a prestação de fazer tudo o que seja necessário para assegurar à outra parte, o resultado útil da prestação consensual.

Se as partes negociadoras não tiverem um interesse comum, então, a negociação não terá sentido, e frequentemente encontramos que os actores consideram que não têm interesses comuns, porque os empregadores não têm consciência que sem trabalhadores o seu capital não flui e os trabalhadores tão pouco visualizam que sem o seu empregador não teriam emprego. Logo entre trabalhadores e empregadores existem interesses comuns que emanam da empresa.

O papel dos representantes dos trabalhadores deve desta forma consolidar representação leal de uma forma estratégica e integradora nos conflitos, e constitui uma condição elementar o respeito aos compromissos assumidos no decorrer do diálogo, com mútua lealdade, porque é o que permite ganhar confiança no decorrer das conversações, porque todo o acordo pressupõe um determinado nível de reciprocidade.

Também os actores envolvidos, empregadores e representantes, predominantemente, devem fazer "*ponto de honra*" ao compromisso que assumem de manter a informação recebida perante critérios de reserva e confidencialidade.

Quanto ao dever de lealdade nas relações colectivas de trabalho, verificámos o dever de lealdade implícito entre as partes negociantes, representantes dos trabalhadores e empregadores, na elaboração dos convénios colectivos de trabalho, a fim de relacionarem assuntos pertinentes conforme a legislação, e no âmbito económico, laboral, sindical e relacionados aos trabalhadores e as empresas, cujo conteúdo mínimo relacione a qualificação das partes, através de uma abrangência pessoal, funcional, territorial e temporal.

Existe a necessidade de que as partes se sintam tuteladas, e no caso o empregador, pela possibilidade de riscos lesivos aos seus interesses em caso de conflitos, como tal o dever de lealdade tem a função de proteger as situações que possa provocar uma conflitualidade colectiva, e na medida que o dever de lealdade não tem uma regulação geral, nem tão pouco uma doutrina jurisprudencial consolidada nas relações colectivas de trabalho, uma reflexão sistemática permitiu encontrar soluções gerais de carácter integrador para uma configuração e aplicação do princípio geral da boa fé, subsidiariamente que necessário.

O dever de lealdade entre os representantes dos trabalhadores e os empresários, relativo à negociação do convénio colectivo, é baseado na representação “*leal*” enquanto elemento acessório das relações colectivas, devendo os representantes dos trabalhadores, desempenharem satisfatoriamente as suas funções, tais como: vigilância das normas laborais, de segurança social e de emprego, de tal modo que possa promover acções legais diante da empresa ou da justiça, assim como proceder à vigilância e controlo das condições de higiene e segurança no trabalho, à participação de obras sociais destinadas aos trabalhadores e seus familiares, à colaboração com a empresa em relação à produtividade, conforme o que se pactuou no convénio colectivo, e ainda de manter informados os trabalhadores de tudo que afecta as relações laborais.

Não deixa de ser relevante o facto dos actores sociais reconhecerem o dever de lealdade como algo irrelevante no ambiente organizacional, deixando-o reservado para o âmbito individual, e em parte tal pensamento deve-se ao facto de nas relações colectivas os relacionamentos serem imbuídos de uma constante competição, transitórias e muitas vezes baseados em interesses pessoais e que na maioria das vezes influencia a quebra de confiança nas estruturas.

É evidente que como todo instituto jurídico a negociação colectiva possui princípios norteadores que quando observados fazem deste instituto um verdadeiro instrumento democrático de composição dos conflitos, o que significa que as partes devem estar, no momento da negociação, com lealdade, apreciando o dever de informação que lhe impõe através da obrigação de negociar prestando informações necessárias à discussão da matéria e à luz do verdadeiro conhecimento das condições e situações das partes, bem assim com a razoabilidade, isto é, as partes devem negociar conforme as suas reais possibilidades e necessidades para que seja assimilado o acordo realizado.

*Mas é possível aplicar na prática, o dever de lealdade na concepção de acordos e convenções colectivas?*

Estamos convictos que sendo a concepção de índole contratualista e criados pela autonomia colectiva privada das partes negociantes, é possível a aplicação da lealdade, – de amplo aproveitamento nas relações contratuais de direito privado –, também a esses institutos do ramo do direito colectivo do trabalho e, por consequência à negociação colectiva, que pode se entendida com a fase formativa desses contratos.

O dever de lealdade determina a necessidade de agir conforme os ditâmes da colaboração, honestidade e correcção, de modo que seja possível o estabelecimento de uma relação de cooperação entre as partes, durante todas as suas etapas do negócio jurídico.

Os vínculos obrigacionais devem ser entendidos como totalidades complexas, ou seja, não são formados, unicamente, pelas prestações principais que devem ser admitidas, mas também por uma série de deveres jurídicos decorrentes da incidência do princípio geral da boa fé.

A autonomia da vontade das partes contratantes será limitada por este princípio, o que será instrumentalizado pelos deveres acessórios, que auxiliam na manutenção da conduta de rectidão exigida dos negociantes.

A doutrina e textos legais, assim como a análise jurisprudencial realizada revelaram que a aplicação do dever de lealdade à negociação colectiva fomenta essa forma de solução dos conflitos colectivos, embora ainda existam importantes mudanças a serem realizadas no sistema de organização das relações laborais colectivas.

Isto porque a incidência do dever, procura estabelecer uma relação de confiança entre as partes, o que favorece o desenrolar das negociações, e desta observância de lealdade, depende a existência, entre as partes, da confiança necessária para o êxito das negociações, e da qual resultará na celebração do acordo,

Desta forma, é possível afirmar que, muito embora o processo de negociação possa ser prejudicado pela provável ausência de representatividade leal, poderia ser influenciado positivamente pela certeza da incidência do dever de lealdade na tramitação.

Em caso de conflito colectivo de interesse, apesar das dificuldades existentes, com mais acento no regime português, o ideal seria que os próprios envolvidos chegassem a um contexto no exercício de sua autonomia colectiva privada, por meio da negociação colectiva, sempre pautada nos ditames da representação leal e pelos deveres acessórios ao dever de lealdade.



Não se pretende, com isso, negar jurisdição aos conflitos colectivos, mas sim sustentar que a intervenção estatal deve ocorrer nos momentos adequados, e à lei, em sentido restrito, compete a tutela das garantias fundamentais dos trabalhadores, porque e igualmente, havendo abuso de posições jurídicas por qualquer das partes envolvidas na negociação, caberá aos Tribunais o dever actuar, limitando o exercício de direitos, com base no princípio geral da boa fé, havendo o cuidado de não o generalizar e utilizar de uma forma insustentável e baseado em conceitos vagos.

**Sétima.** *Que alcance especial tem o dever de lealdade em alguns contratos de trabalho?*

Do ponto de vista jurídico-laboral o dever de lealdade traduz-se como a obrigação que tem todo o trabalhador perante a relação de dependência para com o seu empregador de trabalhar em consequência da confiança que este último depositou no primeiro, devendo absert-se de trabalhar de tal forma que possa causar algum dano ou prejuízo aos interesses do empregador.

É importante relevar que este dever não actua de igual forma para todos os trabalhadores, sendo que a cada um ser-lhe-á imposta na medida da confiança depositada e em virtude da responsabilidade da sua tarefa. Em consequência, quanto maior a responsabilidade tem a tarefa do trabalhador, maior será a confiança que lhe é conferida, maior será a atitude e tarefas que consolidam uma disponibilidade leal do mesmo.

Verificámos que os contratos de trabalho especiais e com particularidades distintas, consolidam uma lealdade nuclear na relação, e a confiança ocupa uma plano de evidência nos trabalhadores que assumem cargos dirigentes, representantes comerciais, empregados domésticos, em detrimento de contratos de desportistas e artistas profissionais, contudo o dever de lealdade é comum em todos os contratos, e obviamente que aos trabalhadores está implícito no contrato de trabalho um profundo sentido ético, ou seja, a predominância de certos princípios que as partes devem respeitar, entre os quais, o dever de lealdade recíproco a que se encontram vinculados, considerando entre outras, as circunstâncias de alta competitividade em que hoje em dia se desenvolvem as actividades empresariais.

Esta temática permite-nos algumas diferenciações pelas especiais exigências que determinados cargos ou relações especiais supõem, em que a prevalência de um grau de confiança que se torna determinante pelo laço fiduciário que emerge da relação contratual.

O exercício de determinadas funções só se mantém enquanto perdurar a referida relação de confiança que as caracteriza, e após a quebra desta, porque se altera a razão sinalagmática, muda o elenco fiduciário.

Na óptica do trabalhador, o recurso ao regime da relação especial facilita o acesso a determinadas funções, porém, e de algum modo, democratiza certos postos de trabalho, tornando-os acessíveis em função da aptidão ou da capacidade profissional do respectivo titular.

Por se tratar de regimes através dos quais se afastam princípios estruturantes do Direito do Trabalho, ainda que em algumas tipologias contratuais haja uma simbiose entre a geral e a especial, a lei preocupa-se de modo particular em delimitar o âmbito subjectivo do contrato de trabalho, descrevendo taxativamente os casos que esta constitui alternativa para a contratação, e no que concerne aos cargos de direcção ou de responsabilidade acrescida não se afigura isenta de dúvidas.

A doutrina salienta que o dever de lealdade assenta numa relação de confiança baseada na previsibilidade da conduta e na correcção desta própria conduta, e como tal, e posto isto, a lealdade enquanto dever, pode ser definida como o dever dos trabalhadores dirigentes terem em vista os interesses da estrutura organizacional e em contrapartida absterem-se da prossecução de interesses próprios ou alheios, e nesse sentido, a melhor doutrina indica duas concretizações do dever de lealdade que adoptámos: o dever de não concorrência ou o dever de não apropriação de oportunidades de negócios do empregador, e o dever de sigilo.

Nos cargos dirigentes a obrigação de lealdade constitui uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador, pois o facto da existência da titularidade de cargos de confiança que, pela sua própria natureza, reclamam uma relação de íntima confiança e lealdade, a qual “*quase*” elevaria estes trabalhadores à categoria de profissionais liberais.

Em situações laborais especiais em que, por diversos motivos, o trabalhador se encontra especialmente sujeito a violações dos seus direitos fundamentais, nomeadamente no caso do trabalho de serviço doméstico, ou do trabalho do desportista profissional, a necessidade de protecção jus-laboral específica resulta, em geral, do envolvimento integral da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, decorrente do grau de indeterminação da actividade laboral, - inicial e sucessiva -, da inexorabilidade da actividade laboral em relação à pessoa do trabalhador e da componente organizacional do contrato de trabalho.

Contudo, nas relações laborais especiais, convém acrescentar que se ao trabalhador cabe respeitar os direitos de personalidade do empregador, poderá ainda admitir-se, em casos excepcionais, que o dever de lealdade, de onde constam as duas situações exemplificativas, determinem ainda um dever de protecção do trabalhador em relação ao direito de personalidade do empregador, partindo do pressuposto e considerando que o dever de lealdade se traduz não apenas em obrigações de conteúdo negativo como também de conteúdo positivo.

O dever de lealdade constitui um dos deveres que o trabalhador com regime especial de contrato de trabalho, tem em relação ao empregador, e à “*a fortiori*”, o dever, por parte do trabalhador de guardar sigilo em relação às informações que lhe são passadas, em função do contrato de trabalho, apresenta-se como uma das matrizes da “*fiducia*” inerente à relação laboral, sendo, pois, a confidencialidade essencial nesse âmbito, e sendo que essa mesma confidencialidade é transversal à confiança depositada.

As especificidades que abordámos no Capítulo VI, revelam que determinados profissionais estão obrigados a um grau de lealdade que transborda a lealdade de um trabalhador comum, por motivos atinentes aos sujeitos envolvidos, bem como às características da prestação ou à duração do contrato, e para além do dever de lealdade que decorre, pois, naturalmente, do contrato de trabalho, há situações práticas em que, por factores diversos, é inserido no contrato de trabalho ou em aditamento, um compromisso de lealdade, e tal situação ocorre, via de regra com trabalhadores que ocupem cargos de confiança, funções técnicas, funções de especial qualificação, profissionais de informação, desportistas, entre outros, sendo situações de enorme vínculo triangular de lealdade, e no caso em especial dos empregados públicos que para além do dever de lealdade e diligência para com a AP, tê-lo-ão subsidiariamente com os administrados, e neste caso em particular, o bem jurídico protegido é o normal funcionamento da AP resguardando o seu interesse de que não sejam divulgados determinados segredos de relevância para a perfeita actuação funcional do Estado e dos demais, protegendo-se ainda o interesse do próprio particular, que poderia ser lesado com a indevida publicidade de dados sigilosos que estão ao alcance restrito, e obviamente o de também assegurar que o empregado público a quem foi confiado o segredo da AP mantenha o seu dever de lealdade.

O princípio da confiança que subsiste nestas relações especiais de trabalho é o corolário de vários deveres dos quais, o mais importante, é o de as partes agirem na relação contratual, com lealdade, probidade e honestidade.

Com efeito, haverá de reconhecer que a proporção em que a empresa/empregador, - a sua funcionalidade e a sua eventual eficácia -, depende de cada trabalhador, e é em princípio, maior nas pequenas do que nas grandes empresas, e portanto, são também em princípio, nas pequenas empresas, maiores os custos da pior integração do trabalhador na unidade funcional da empresa, bem como, por outro lado, quanto mais pequena a empresa mais importância relativa têm a confiança pessoal, e aludimos aos casos dos empregados domésticos, advogados, e portanto o dever de lealdade do trabalhador.

Com particular incidência nestas relações contratuais, acentuamos que o dever de lealdade ou honestidade não é susceptível de graduação, como aliás verificámos nas exposições proferidas, constituindo um dever absoluto, pelo que qualquer deslealdade a ele envolve falta substancialmente grave, eliminando-se a confiança depositada até ao momento do seu cargo, pela sua entidade empregadora, no infractor, porque no dever geral de lealdade sobressai o seu lado subjectivo que decorre da sua estreita relação e da permanência de confiança entre as partes, por forma a que a conduta ao trabalhador não crie no espírito do empregador a dúvida sobre a idoneidade futura do seu comportamento, nem destrua ou abale a confiança subjacente ao contrato de trabalho.

**Oitava.** É nossa crença que jamais a lealdade e a confiança foram tão essenciais, tendo em consideração do esvaziamento do reconhecimento de tantas virtudes morais frente à importância da posse de bens materiais.

Ser leal à empresa e não prejudicá-la em favor de benefício próprio constitui, portanto, um valor primordial nos dias actuais, para reafirmação dos valores da honestidade e da correcção de comportamento a serem realçados na procura desenfreada de sucesso económico.

Por essas razões entendemos, que se deva sancionar a deslealdade do trabalhador que actua ou decide, em situação de conflito de interesses em seu próprio favor, menosprezando o interesse social e a importância da empresa como centro criador de benefícios da colectividade e como ambiente propício ao seu próprio desenvolvimento pessoal e social, porque a empresa, é portanto, sujeito de direitos, credora constante da lealdade e confiança dos seus dirigentes e trabalhadores.

No desempenho da função consignada, estes trabalhadores estão sujeitos a uma série de obrigações que emanam da necessidade de dar cumprimento a deveres genéricos e específicos, e entre elas o dever de lealdade, o qual é o resultado do vínculo de confiança que está implícita à diligência confiada.

É um dever com características de alguma “*invisibilidad*”, ainda que juridicamente existente, e o é porquanto se trata de uma imposição moral e jurídica perante a obrigação de agir através de uma conduta sincera e recíproca, bem assim como benefício jurídico, que é seu objecto, por ser imperativo do dever de lealdade entre os diversos actores que envolvem as relações laborais.

E este estudo sofreria de uma lacuna etimológica se, e para além da etimologia da lealdade, não completássemos, e ainda que nas conclusões, mas que consideramos um reforço da regra, e que é o conceito do próprio dever.

*E porque está aposta a “lealdade” ao “dever”? Mas o que é o dever? O que significa?*

Ora, o dever, e enquanto substantivo pode ser empregue no sentido abstracto e num sentido concreto, sendo que no primeiro, refere-se à própria obrigação moral considerada em si mesma, de modo geral, sem referência a tal ou qual regra de acção, e enquanto que no sentido concreto, um dever significa uma obrigação determinada.

Quer assim significar o facto de se encontrar uma pessoa sujeita ao cumprimento de uma obrigação, em virtude da qual terá que dar ou restituir alguma coisa, fazer ou não fazer alguma coisa, o que em ampla acepção, revela a obrigação que impõe a toda pessoa de fazer ou não fazer alguma coisa, segundo as regras que se inscrevem no direito e mesmo na moral.

Mas, nesta circunstância, o dever apresenta-se em dupla acepção: dever moral e dever jurídico, somente este sendo, legítima e racionalmente, sujeito a se tornar objecto de uma coacção externa, enquanto o dever moral se caracteriza em ser livremente e voluntariamente assumido, não havendo imposição de ordem legal que possa compelir a pessoa a cumpri-lo.

O dever jurídico, dependa ou não da vontade humana, estabelece sempre um “*vinculum iuris*”, de que se gera a necessidade jurídica de ser cumprido aquilo a que se é obrigado.

Dessa forma, o dever jurídico da lealdade, tanto provém do contrato, para formular especialmente a obrigação criada pelo mútuo consentimento dos contratantes, como decorre do respeito pelos princípios elementares da equidade e da ordem jurídica, em virtude dos quais se consolida a obrigação de não ofender o direito alheio “*neminem laedere*”.

Mas, sendo o dever um elemento necessário ao cumprimento da lealdade, e porque as relações de trabalho não consistem em um simples intercâmbio de prestações patrimoniais, pois fazem o trabalhador entrar numa comunidade de trabalho e obriga o empregador a conceder-lhe a necessária confiança, e daí que se imponham às partes obrigações peculiares.

Este estudo teve, inicialmente, o “*privilégio teórico*” de uma certa irrelevância e irreverência do dever de lealdade, porque, era um dever tipificado na lei laboral portuguesa de pouca ou nenhuma utilidade prática, supostamente, diga-se, e essa secundarização não passava de um simples preceito normativo, porém, e no desenvolvimento investigador pudemos averiguar e rever que a amplitude do tema ia muito mais além de uma “*alínea tipificada no Código do Trabalho português*”, e da inexistência tipificada no ETE.

E tanto assim o é, concluímos que a jurisprudência laboral portuguesa releva de sobremaneira a violação do dever de lealdade em detrimento de todos os outros deveres acessórios, e podemos afirmar, que o incumprimento do contrato de trabalho pelo trabalhador nos Tribunais Superiores portugueses de 2008 a 2012, e tendo como fonte o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, que representou estatisticamente, e concomitantemente com as faltas injustificadas e violação do dever de zelo, cerca de 80% das motivações que levaram ao incumprimento do contrato de trabalho.

Todas as razões que elencámos durante este estudo, e para além dos comportamentos dos trabalhadores de incumprimento da lealdade, também os Tribunais Superiores Espanhóis, e com destaque qualitativo o Tribunal Constitucional, se pronunciou, predominantemente, pela violação do dever de lealdade pelo empregador, e tendo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como o corolário apreciativo do que os Tribunais de Portugal e Espanha, não resolveram.

Concluímos que a interpretação do “*acessório*” não é rigorosamente separada da aplicação do próprio conceito de aleatoriedade, pois uma interpretação teórica ou fica incompleta ou opera sobre casos hipotéticos, e não há limites genéricos aos direitos mas, somente, disposições limitativas.

Entendemos que todos os deveres de conduta do trabalhador e empregador têm como objectivo nuclear uma finalidade negativa, pois que e em última instância, funcionam como uma espécie de “*travão*” que previne a adopção de comportamentos desleais e desonestos, ou até interesses perfeitamente injustificados que possam inquinar a relação laboral, e esta função negativa dos deveres de conduta é um meio de consolidar a função positiva, sendo que o dever de lealdade, e enquanto privilegiado dever acessório, permite agir de maneira a não causar prejuízo desnecessário à outra parte, ou seja uma total abstenção ou abstinência.

Não foi nosso propósito neste estudo conceber a lealdade enquanto um juízo ético de apreciação da conduta do trabalhador ou do empregador, mas sim uma reflexão moral e jurídica sobre um conjunto de condutas reconhecidas como adequadas e convenientes ao comportamento das partes na relação laboral.

Estes deveres que não interessam directamente ao cumprimento do dever principal de prestação laboral, mas que têm como propósito garantir o exacto processamento da relação obrigacional, e que possuem uma função instrumental, velando para o desenvolvimento regular do contrato de trabalho como um todo, que há de processar-se entre pessoas que agem honestamente e com lealdade.

Constituem na realidade, deveres de adoptar determinado comportamento, - positivo ou negativo -, de tal destreza a não frustrar a confiança da outra parte.

São os deveres que não foram escritos pelas partes, não formalizados pela vontade dos contraentes no instrumento obrigacional, mas tacitamente previstos em razão da função social que assume o contrato de trabalho, são os deveres que emanam da obrigação de conduta fixada pela boa fé, como dever de probidade, informação, honestidade, lealdade, cuidado, enfim, os deveres que advém da moral bilateral e sinalagmática

Esses deveres secundários destinam-se a criar para ambas as partes da relação jurídica um determinado padrão de comportamento, cujo conteúdo objectivará, por vezes, a evitar que a outra parte sofra um prejuízo, outras vezes exigir uma atitude de cooperação, para que a outra parte alcance em toda a sua plenitude a finalidade prevista no contrato.

Então, o dever de lealdade nasce no decorrer da relação jurídico-laboral, por isso não devem ser previstos e nem valorados fora do caso concreto, e ocorre ainda que surjam no âmago da relação obrigacional, actuam em todas as fases do contrato, ou seja, na fase de formação pré-contratual, no decorrer do seu cumprimento e na sua conclusão, ou seja, na fase pós-contratual.

Ante todos os aspectos analisados, o que se pode completar, é que há uma crescente preocupação, tanto por parte da legislação quanto da doutrina, em impor, cada vez mais, o dever de lealdade na conduta das partes, pois o actual tirocínio da sociedade, em que se busca a aplicação da chamada justiça social, não se coaduna com a deslealdade e a má fé, em qualquer prossecução que envolva a justiça, mormente dentro das relações laborais.

A lealdade é comum e fértil nas relações extra-laborais, tanto em Portugal como em Espanha, nuns casos com conteúdo positivo, noutras com conteúdo negativo, denotando uma deslealdade material e deslealdade moral, tendo a doutrina portuguesa considerado a primeira pela prática voluntária do acto, e a segunda susceptível de manchar a honra ou ferir os sentimentos de outros.

As obrigações vinculadas pelos códigos de ética e deontológicos determinam conceitos de aplicabilidade vaga do dever de lealdade, sobressaindo o dever de ser leal através de uma actuação correcta, com respeito e verdadeira, porém, na imensa minoria dos casos a imperatividade destes preceitos esvai-se na penumbra dos profissionais que têm a obrigação e o dever.

Para tanto se faz necessário que o legislador crie mecanismos cada vez mais aperfeiçoados visando inibir as condutas desleais, estendendo-se a punição a todos que directa ou indirectamente contribuam para os referidos desvios de conduta, porque, a verdade, é convictamente uma substância ímpar no contrato de trabalho, e ainda que a lacuna possa ser suprida pela analogia, a lealdade é exigível ou justificada pelas partes integradoras do contrato de trabalho.

A privação de confiança entre os participantes nas relações laborais podem conduzir, inevitavelmente à deslealdade e por fim à ruptura contratual, e a confiança é essencial para o êxito das relações jurídico-laborais, e estas relações constroem-se sobre convicções e no respeito recíproco com credibilidade de parte a parte, porque a lealdade não pode declinar.

O dever de lealdade postula a adequação da conduta funcional do trabalhador, do empregador e dos respectivos representantes, aos interesses prosseguidos que institucionalmente os concretizam, e como tal postula o cumprimento de obrigações que integram o contrato de trabalho.

Foi nesta medida que podemos admitir que é um dever de base de todos os outros deveres dos trabalhadores, e predominantemente na forma restrita, os deveres de sigilo e não concorrência, bem assim com se absterem de condutas contrárias à dignidade e prestígio do empregador através do dever de diligência e correcção, e quanto ao empregador consolidamos genericamente a forma ampla do dever de lealdade na sua magnitude comportamental.

Acentua-se o dever de lealdade com a autonomia e com um espaço próprio, porque existem condutas que sendo enquadráveis na violação de outros deveres, são perfeitamente percebidas como contrárias ao dever de lealdade.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990.

ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador*, Centro de Estudos Judiciários, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra, 2004.

ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Edição de 2005.

AA.VV.: *Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

ALCALÁ DÍAZ.: *El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad*, in AAVV *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (coord. ESTEBAN VELASCO), Madrid, 1999.

ALFAIA, J.: *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Volume I, Almedina, Coimbra, 1985.

ALONSO ALVAREZ, D.: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005.

ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, Ediciones de 1981 e1985.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, Ediciones de 1994 e 2002.

ALONSO OLEA, M.: *Estudios de Derecho de Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.



ALONSO OLEA, M. y BAAMONDE CASAS, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, Ediciones de 1999, 2001, 2004 e 2006.

ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, Edições de 2000, 2006 e 2009.

ALMEIDA, F. J. C.: *Código do Trabalho 2012*, 9ª Ed., Coimbra Editora, 2012.

ALMEIDA, M. e SIMÕES DIAS, F.: *Lei dos Serviços Públicos Essenciais - Anotada e Comentada*, Almedina, Lisboa, 2012.

ALZAGA RUIZ, I.: *La Relación Laboral de los Artistas*, CES, Setiembre de 2001.

AMADO LEAL, J.: *O contrato de trabalho entre a presunção legal e o presumível desacerto legislativo*, Temas Laborais 2, Coimbra Editora, 2007.

AMADO LEAL, J.: *O estatuto dos representantes dos trabalhadores em matéria de transferência e despedimento*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 137, nº 3948, Janeiro-Fevereiro de 2008.

AMADO LEAL, J.: *Contrato de Trabalho*, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2009.

AMADO LEAL, J.: *Vinculação versus Liberdade – O Processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, 2002.

AMADO LEAL, J.: *Contrato de Trabalho Desportivo Anotado*, Coimbra Editora, 1995.

AMADO LEAL, J.: *Comentário de urgência ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Março de 2007, Desporto & Direito, Revista Jurídica do Desporto, Ano IV, nº 12, Maio/Agosto 2007.*

AMADO LEAL, J.: *Vinculação versus Liberdade - O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, 2002.

AMIEL-DONAT, J.: *Les clauses de non-concurrence en Droit du Travail*, Litec, Paris, 1988.

ANTUNES VARELA, J. M.: *Teoria geral das obrigações*, Almedina, Coimbra, 1997.

APOSTOLIDES, COSTA, S.: *Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Lisboa, 2008.

APARÍCIO TOVAR: *Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas*, Lecciones de Derecho del Trabajo, Madrid, 1980.

ARANDA PLAZA, S., CONZÁLEZ ROMERA, M. Á., y TENA RUIZ, J.: *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - normativa, sentencias, resoluciones, informes, consultas y dictámenes*, La Ley Actualidad, Madrid, 2012.

ARMSTRONG, MICHAEL: *Performance managment*, 3ª Ed., Kogan, London, 2006.

ARNAUT, A.: *Estatuto da Ordem dos Advogados - Anotado*, Coimbra Editora, 2006.

ARRIMAR C., e VEIGA E MOURA, P.: *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remuneração dos trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008.

AROSO DE ALMEIDA, M.: *Teoria Geral do Direito Administrativo - Temas nucleares*, Edições Almedina, Lisboa, 2012.

ASSIS RAIMUNDO, M.: *Código dos Contratos Públicos 2012 e Legislação Complementar*, AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2012.

ASSIS, RUI: *Contrato de Trabalho em Funções Públicas*, 2ª. Ed., Coimbra Editora, 2009.

ASÚA GONZÁLEZ, C.: *La culpa in contrahendo*, Bilbao, Departamento de Publicaciones Universidad del País Vasco, 1989.

ATIENZA, MANUEL, y RUÍZ MANERO, J: *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

BAYLOS GRAU, A.: *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales en Casos de Huelga*, in: AA.VV., *Estudios sobre la huelga* (coord.: BAYLOS GRAU, A.), Ed. Bomarzo, Albacete, 2005.

BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Ed. Bomarzo, Madrid, 2004.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y Negligencia en el Cumplimiento*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

BASTOS PEREIRA, J.: *Desporto Profissional*, Direcção-Geral dos Desportos, 1986.

BILBAO UBILLOS, J. M.: *La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

BLASCO PELLICER, ÁNGEL: *Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BORRAJO DA CRUZ, E.: *Política y Derecho del Trabajo*, Doncel, Madrid, 1976.

BRANCO CARVALHINHO, R. M., e TAVARES DE ALMEIDA, P.: *Burocracia, Estado e Território - Portugal e Espanha, Séculos XIX – XX*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007.

BRANCO CARVALHINHO, R. M., e TAVARES DE ALMEIDA, P.: *Burocracia, Estado e Território - Portugal e Espanha, Séculos XIX – XX*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007. BRYSON,

BILL: *Breve História de Quase Tudo*, Bertrand Editora, Porto, 2009.

BROSETA PONT, M., y MARTINEZ SANZ, F.: *Derecho Mercantil. Contratos Mercantiles, Derecho de los Títulos-Valores, Derecho Concursal*, Vol. II, 18.<sup>a</sup> Ed., Tecnos, Madrid, 2011.

BURKE, CLARRIE: *Loyalty in our time*, Lightning Source, La Vergne, 2011.

CABEZA PEREIRO, J.: *La Buena Fe en la Negociación Colectiva*, Ed. Escola Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995.

CABEZA PEREIRO, J., GARATE CASTRO, J., y GOMES, J.: *in Extinción do Contrato de Traballo*, Consello Galego de Relacións Laborais, 1<sup>a</sup> Ed., 2006.

CARIA, TELMO, e GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009.

CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, 2012.

CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004.

CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Teoria da Confiança*, Almedina, Coimbra, 2007.

CARRIZOSA PRIETO, E.: *Transgresión de la Buena Fe contractual y Derechos del Trabajador*, Temas Laborales, nº 74/2004.

CARRILLO, MARC: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

CARRO CARDENAL, M.: Revista del Ministerio de Trabajo y Inmigración, n. 83, pág. 125, “*El deportista profesional no juega, a diferencia del aficionado, sino que trabaja, no práctica el deporte por afición, sino que ofrece y presta sus servicios a un empresario mediante un salario*” (ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 1978, pág. 57).

CASALTA NABAIS, J.: *Procedimento e Processo Administrativos*, 7ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012.

CASAS BAAMONDE, M. E.: *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*, in *Revista de Relaciones Laborales*, Tomo II, nº 12, 2004.

CASAS BAAMONDE, M.E., BAYLOS GRAU, A., y ESCUDERO, RICARDO: *El Estatuto de los trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas*, RL (1990-I).

CASAS BAAMONDE, M. E.: *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo? – Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Madrid, nº 11, 2004.

CASTAÑO PEREZ, D.: *Regímen Jurídico del Derecho de Reunión y Manifestación*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

CAUPERS, J.: *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.

COELHO MOREIRA, TERESA ALEXANDRA: *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

COIMBRA, DIAS A.: *“Empresas” de tendência e trabalho dependente*, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, nºs 1 - 2, Jan-Jun, 1989.

CONAGLEN MATTHEW: *Fiduciary loyalty - protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

CONDE MARÍN, EMILÍA: *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Ed. La Ley, 2007.

COUTINHO DE ABREU, J.: *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996.

CORTÉS, FERNANDO: *Breve historia de Portugal*, Junta de Extremadura, Mérida, 2006.

CUNHA, P. F.: *Constituição & Política - Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional, Quid Iuris*, Lisboa, 2012.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS.: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho español*, 1ª Ed., Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS.: *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, 1ª Ed., Civitas, Madrid, 1988.

DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

DE VICENTE PACHES, F.: *El Derecho del trabajador al respeto a su intimidad*, Madrid, Centro de Estudios Sociales, 1988.

DIAZ, PEREZ: *El Contrato De Trabajo y La Cuestion Social*, Bastian Books, London, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1995.

DIÉGUEZ CUERVO, G.: *La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

DRAY MACHADO, G.: *Justa Causa e Esfera Privada, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, Almedina, Coimbra, 2001.

ELISEU FIGUEIRA: *Disciplina jurídica dos grupos de sociedades*, CJ XV, 1990.

ERICH FECHNER: Die Treubindungen des Aktionärs/Zugleich eine Untersuchung über das Verhältnis von Sittlichkeit, Recht und Treue (1942). in CORDEIRO, A. M.: *Direito das Sociedades I*, 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2007.

ESCUADERO J.F., FRIGOLA, J., y CORBELLÀ T.: *El Principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

EWIJK, HANS VAN: *European Social Policy and Social Work - Citizenship-Based Social Work*. Taylor & Francis, London, 2009.

FELTEN, ERIC: *Loyalty*, Simon & Schuster, New Jersey, 2012.

FERNÁNDEZ RIQUELME, SERGIO, y CARAVACA LLAMAS, CARMEN: *El conflicto en las organizaciones laborales - elementos de comprensión y métodos alternativos de resolución*, Diego Marín, Librero-Editor, S.L., Murcia, 2012.

FINCK, KARA & SLATER, LYN: *Social work and the law*, Springer, New York, 2011.

FLORES, F.: *Constitución Española de 1978*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FOUST, MATHEW A.: *Loyalty to loyalty*, Fordham University Press, New York, 2012.

GALGANO, FRANCESCO: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GÁRATE CASTRO, J.: *Derechos Fundamentales del Trabajador y Control de la Prestación de Trabajo por Medio de Sistemas Proporcionados por las Nuevas Tecnologías*, Minerva, Revista de Estudos Laborais, Almedina, Lisboa, Ano V, nº 8, Março/2006.

GARCIA BERNAL, C.: *Estudio de la Constitución Española de 1978*, Editorial Vértice, Sevilla, 2012.

GARCÍA DE CORTÁZAR, FERNANDO: *Breve historia de España*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

GARCIA, J. L.: *Os jornalistas portugueses enquanto actores do espaço público mediatizado – Legitimidade, poder e interpermutação*, Comunicação e Linguagens, 1995, nº 21/22.

GARCÍA MURCÍA, J.: *La Revision de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.

GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ CARDÓ, I. A.: *Legislación Histórica sobre Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GARCÍA MURCIA, J.: *Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual*, in Actualidad Laboral, núm. 25, 1990.

GARCÍA MURCIA, J.: *Jornadas sobre la Constitución de 1978 y las relaciones de trabajo*, Consejería Del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, Grupo Gráfico BV, SL, 2010.

GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GARCÍA MURCIA, J.: *Contratos de Trabajo y Derechos Fundamentales: una miscelánea de casos recientes*, Rev. TST, Brasília, vol. 67, nº 2, Abr/Jun 2001.

GARCÍA MURCIA, J.: *La Constitución de 1978 y las relaciones de trabajo*, Ed. Martín, 2010.

GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

GARCIA PIÑEIRO, P. N.: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 93, Julho de 2011.



GARCÍA RUBIO, F.: *Estudio sobre empresas públicas*, Dykinson, Madrid, 2011.

GARCÍA RUBIO, M. P.: *La Responsabilidad pré-contratual en el Derecho Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA VIÑA, J.: *La Buena Fe en el contrato de trabajo, especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

GIL Y GIL, J. L.: *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.

GIRÓN MARTINEZ, J., VARELA ARUFE, A., y VÁSQUEZ CARRIL, M. X.: *Derecho del Trabajo*, Ed. 2ª, Netbiblo, 2005.

GRAHAM, MEKADA: *Social work in Europe*, Taylor & Francis, New York, 2012.

GODERCH SALVADOR, P.: *El Secreto Profesional de los Periodistas*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

GOERLICH PESET, J. M.: *Libertades económicas, mercado de trabajo y Derecho de la competencia - un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2011.

GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito Constitucional*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 1992.

GOMES CANOTILHO, J. J.: *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra Editora, Edições de 2001 e 2011.

GOMES CANOTILHO, J. J., e VITAL MOREIRA.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Edições de 1993 e 2007.

GOMES VIEIRA, J. M.: *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2010.

GOMES VIEIRA, J. M.: *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007.

GOÑI SEÍN: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Ed. Civitas. Madrid, 1988.

GONÇALVES, P., e OTERO P.: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Almedina, Lisboa, 2012.

GONÇALVES, CARLOS M.: *História, Trabalho e Conhecimento nas Profissões*, Legis Editora, Porto, 2009.

GONÇALVES, G.: *Comunitarismo ou Liberalismo?* Universidade da Beira Interior, 1998.

GONZALEZ LÓPEZ, J. L.: *El Derecho de Reunión y Manifestación en el Ordenamiento Constitucional Español*, Ed. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

GUANTER REY, DEL S.: *Derechos Fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, Revista Relaciones Laborales, Tomo I, 1995.

GUANTER REY, DEL S.: *Estatuto de los Trabajadores, Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2012.

GUILLÉN CARAMÉS, J.: *Derecho de la competencia y regulación de las administraciones públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 2011.

HANH, THICH NHAT: *Fidelity*, Publishers Group West, Berkeley, 2011. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas*, Tomo I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987.

HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6ª Ed., Vol. I, Berlim-Frankfurt a. M., 1959.

J. LE GOFF: *Droit du travail et société, Tome 2, Les relations collectives de travail*, PUR, 2002.

JOLLIMORE, TROY: *On loyalty*, Taylor & Francis, New York, 2012.

LALLANA ORTIZ, C.: *Derechos fundamentales y relación laboral*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998.

LAMAS, RIVERO, J.: *Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)*, RL (1999).

LAMEGO, J.: *Sociedade Aberta e Liberdade de Consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985.

LANDES, DAVID S.: *A Revolução no Tempo - Os relógios e Nascimento do Mundo Moderno*, Gradiva Publicações, Lisboa, 2009.

LARENZ, KARL: *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª Ed., Lisboa, FCG, 1997, tradução José Lamego.

LARSSON, TOMAS: *Land and Loyalty*, Cornell University Press, New York, 2012.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, *Revista de Derecho Privado*, ISSN 0034-7922, Ano nº 64, Mês 1, 1980.

LAVO MARINA, B.: *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999.

LEFRANC, GEORGES: *História do Trabalho e dos Trabalhadores*, 5ª Ed., Europress, Lisboa, 2010.

LIZARDO, PALLA, J.: *Algumas questões quanto à realização de testes respeitantes ao estado físico do trabalhador*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, nº 79/81, Jan/Dez. 2008.

LOBO XAVIER, B. DA G.: *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1976.

LOBO XAVIER, B. DA G.: *Da justa causa de despedimento no contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1965.

LOBO XAVIER, B. DA G.: *Curso de Direito do Trabalho - I Volume (Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes)*, Verbo, Lisboa, 2004.

LOBO XAVIER, B. DA G.: *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011.

LÓPEZ ARTACHO, R.: *Revista Bordón*, Vol. 58, 4-5 (2006) 673-386, Outubro de 2007.

LUÑO PÉREZ, A. E.: *Tutela de la Libertad Informática*, in *Jornadas sobre el Derecho Español de la Protección de Datos Personales*, Madrid, 1996,

MADUREIRA, NUNO LUÍS: *História do Trabalho e das Ocupações*, 3ª Ed., Celta, Lisboa, 2010.

MARTÍN JIMÉNEZ, RODRIGO: *El contrato de trabajo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006.

MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, Revista de Derecho Social, número 6, Ed. Bomarzo, Albacete, 1999.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, Ediciones de 1995, 1996, 1997, 2004, 2005, 2006, 2008 e 2010.

MARTÍN VALVERDE A., VAL DÉS DAL - RÉ, F., PALOMEQUE LÓPEZ, M., CASAS BAAMONDE, M. E., PÉREZ ES PINOSA, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *La formación del Derecho del Trabajo en España - La Legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

MARTÍN VALVERDE, A.: *El ordenamiento laboral en la jurisprudência del Tribunal Constitucional*, Revista de Política Social, nº 137 (enero-marzo, 1983).

MARTÍN VALVERDE, A & otros.: *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.

MARTÍN VALVERDE, A.: *El derecho de huelga en la Constitución de 1978*, Revista de Política Social, número 121, 1979.

MARTÍN VALVERDE, A.: *Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las administraciones públicas*, in Serie claves del Gobierno Local, 2 – FD y GL, ISBN: 84 -609 -1120 – 9.

MARTÍN VALVERDE, A.: *Contrato de Trabajo y Derechos Fundamentales*, Revista de Derecho Social, nº 6, 1999.

MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J.: *Addenda: El despido. Cuestiones Prácticas que plantea la reforma laboral de 2012; Doctrina, casos prácticos, jurisprudencia, formularios, directório (...)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

MARTÍN VALVERDE, A.: *El Estatuto jurídico del empleado público y la regulación de los conflictos de trabajo*, AA.VV (Dir. J. Cabeza Pereiro y J. Martínez Girón), El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez, Ed. Laborum, Murcia, 2008.

MARNOCO E SOUZA: *Constituição Política da República Portuguesa – Comentário*, INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2011.

MATTAROLO, MARIA GIOVANNA: *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in questo commentario, Giuffrè Editore, Milão, 2000.

MENENDEZ PIDAL, J.: *La Lealtad en el Contrato de Trabajo*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus, 1961.

MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012.

MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito Bancário*, 2ª Ed., Almedina, 2001.

MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991 e 1999

MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Direito das Sociedades I*, 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2007.

MENEZES CORDEIRO, A. M.: *Manual de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2001.

MENEZES CORDEIRO, A. M.: *O respeito pela esfera privada do trabalhador*, in ANTÓNIO MOREIRA, I Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra, 1998.

MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais* AAFDL, 1989.

MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, in Centro de Estudos Judiciários, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra, 2004.

MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2012.

MENEZES LEITÃO, TELES L. M.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2001.

MESQUITA ANDRADE, J.: *Direito do Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2004. MESQUITA

ANDRADE, J. A.: *Poder Disciplinar*, in BMJ (Suplemento), Lisboa, 1979.

MIRANDA, JORGE: *Revisão Constitucional e Democracia*, Almedina, Lisboa, 1983.

MIRANDA, JORGE: *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª Ed., Coimbra Editora, 2003.

MILES, JEFFREY A.: *Managment and organization theory*, John Wiley, New York, 2012.

MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, J., e MEDEIROS R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007.

MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: *Contrato de Seguro-Estudos*, Coimbra Editora, 2009.

MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA: *Negociando la igualdad en las empresas - estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de genero*, Editorial Comares, Granada, 2012.

MOLINA NAVARRETE, C., y OLARTE ENCABO, S.: *Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 17, 1999.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, Ediciones de 1979, 1981, 1994, 1995, 2000, 2001, 2004 e 2007.

MONTOYA MELGAR, A. y Otros.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2007.

MONTOYA, MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

MONTOYA MELGAR, A.: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.

MONTOYA MELGAR, A.: presentación a SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ed. Cinca, Madrid, 2004.

MONTOYA MELGAR, A.: *El Trabajo en la constitución*, Revista Foro Nueva Época, Madrid, 2002.

MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.

MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

MONTEIRO FERNANDES, A.: *Noções fundamentais de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1997.

MONTEIRO FERNANDES, A.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Edições de 1999, 2005, 2006, 2007 e 2009.

MONTEIRO FERNANDES, A.: *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004.

MONTEIRO FERNANDES, A.: *El impacto de la crisis en la situación laboral portuguesa*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 33, 2013.



MOWDAY, Richard, PORTER, Lyman, STEERS, Richard: *Employee-organizational linkages: The psychology of commitment, absenteeism and turnover*, New York, Academic Press, 1982.

MOTA PINTO, C. A.: *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Almedina, Coimbra, 1965.

MOTTA VEIGA, ANTÓNIO JORGE DA: *Lições de Direito do Trabalho*: Edições da Universidade Lusíada, Lisboa, 1995.

MÜLLER, C.: *Employeeeshi*. Wook, Lisboa, 1996.

MURILLO DE LA CUEVA, L.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.

MURO TORRES, I.: *El Derecho de Reunión y Manifestación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Particulares: La Buena De Estudios Constitucionales Colección Estudios Constitucionales Series, Boletín Oficial del Estado, 2000.

NARROS MARÍN, D. H.: *Estudio de los principales acuerdos precontractuales*, VLex, 2012.

NETO, ABÍLIO: *Código do Trabalho Anotado*, 2ª Ed. Ediforum, Coimbra, 2012.

NIETO, ALEJANDRO: *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

NEVES FERNANDA, A.: *Relação Jurídica de Empregado Público*, Coimbra Editora, 1999.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

NOVAIS REIS, J.: *Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizados pela Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003.

NURIA P. GARCÍA PIÑEIRO: REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, cit. de MONTOYA MELGAR, A., y CÁMARA BOTÍA, A., *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990.

OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, Ediciones de 1992 e 2003.

ORTEGA FIGUEIRAL, EDUARDO: *Contratación Laboral*, Editorial CISS, Valencia, 2012.

OTADUY, J.: §54, *Aranzadi Social*, nº 14, Novembro de 2000.

OUTHWAITE, R WILLIAM: *Critical theory and contemporary Europe*, Continuum publishing, London, 2012.

PAYNE, STANLEY G.: *España - una historia única*, Booket, Barcelona, 2012.

PALMA RAMALHO, M. R.: *Contrato de Trabalho e os Direitos Fundamentais da Pessoa*, in “*Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*”, Almedina, Coimbra, 2004.

PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho – Parte I*, Almedina, Lisboa, 2006.

PALMA RAMALHO, M. R.: *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006.

PALMA RAMALHO, M.R.: *Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Colecção Teses, Almedina, 2000.

PALMA RAMALHO, M. R.: *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, Almedina, Coimbra, 2012.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo y Ideologia*, Trad. de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001.

PALOMEQUE LOPEZ, M. C.: *Direito do Trabalho e Ideologia*, Almedina, Lisboa, 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid 1994.

PALOMEQUE LOPEZ, M. C., y M. ALVAREZ DE LA ROSA: *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, Edições de 1994 e 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. et al.: *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2006.

PALOMEQUE LOPEZ, M. C.: *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*; *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Donación Editorial, Salamanca, 2004.

PARDO GATO, J. R.: *Las Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Difusa, Madrid, 2004.

PÉCAUT-RIVOLIER, L.: *Donner l'information: les obligations du salarié*, Revue de Droit Social, nº 2, Février, 2013.

PEMÁN, JOSÉ MARÍA: *La historia de España contada con sencillez*, Homo Legens, Madrid, 2012.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El trabajo subordinado como tipo contractual*, in Documentación Laboral, nº 39, 1993.

PÉREZ GONZÁLEZ, J.: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983.

PEREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004. PERRY, JOHN: *The pretenses of loyalty*, Oxford, New York, 2011.

PERNOUD, RÉGINE: *Lumière du Moyen Age*, Bernard Grasset Editeur, Paris, 1944.

PINTO MONTEIRO, A.: *Contrato de Agência Anotação*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2004.

PINTO MONTEIRO, A.: *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002.

PINTO, MÁRIO: *Direito do Trabalho*, Ed. Universidade Católica, Lisboa, 1996.

PINO JIMÉNEZ, ELISA: *Conflictos, personas y trabajo - ¿son difíciles de manejar?*, Fundación Confemetal, Madrid, 2012.

POMARES, FRANCISCO, y PINELLI, BARTOLOMEO: *Los reinos de España y Portugal - li regni di Spagna e di Portogallo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2008.

PORTILLO DEL CÂMARA, D.: *Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos – La nueva regulación de la Ley 7/2007 de 12 de Abril*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

PRATA, ANA: *Dicionário Jurídico*, Almedina, Lisboa, 1998.

PRATA, ANA: *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina, Coimbra, 1982.

QUINTAS, H., e QUINTAS, P.: *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*. 2ª Ed., Almedina, Lisboa, 2012.

QUINTAS, H., e QUINTAS, P.: *O Regime Jurídico dos Despedimentos – uma abordagem prática*, Almedina, Coimbra, 2005.

RAY, JEAN-EMMANUEL: *Protéger l'information, aujourd'hui et demain*, Revue de Droit Social, nº 2, Février, 2013.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: *La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar*, AL, Tomo I, 1986.

REDINHA REGINA, M.: *Assédio Moral ou "mobbing" no trabalho*, in estudos ao Prof. Dr. Raul Ventura, II, Coimbra, 2003.

RIUS JIMÉNEZ, P.: *Diario La Ley*, Nº 7801, Sección Doctrina, 20 de Fevereiro de 2012.

ROBERTS, J. M.: *Breve Historia do Mundo*, 3ª Ed., Editorial Presença, 2010.

ROBLES, GREGÓRIO: *Los Derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Cevitas, 1997.

ROCHA, ISABEL, e PIMENTA, NUNO GUSTAVO: *Código do Trabalho*, 4ª Ed., Porto Editora, 2010.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador*, Colección de Estudios, nº 9, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *Buena Fe y ejercicio de poderes empresariales*, in Relaciones Laborales, Tomo II, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *La igualdad en los tratamientos laborales y su irrelevancia constitucional*, in Revista Relaciones Laborales, Madrid, nº 22, Año 14, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER, M.: *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica, Madrid, nº 01/02, 1996.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, ahora en Sempere-Navarro, A., (editor) *El modelo social en la Constitución Española*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M.: *Derechos Fundamentales del Trabajador, Poderes Empresariales y Contrato de Trabajo*, AA.VV, Estudios en homenaje al Prof. Alonso Olea, MTAS, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, y BRAVO-FERRER M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho a la Protección de Datos Personales de los Trabajadores: nuevas perspectivas*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. & Otros.: *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2ª Ed. Tecnos, Madrid, 2006.

ROMÁN GARCÍA, A.: *El precontrato. Estudio dogmático jurisprudencial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982.

ROMANO MARTINEZ, P., e Outros: *Lei do Contrato de Seguro*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011.

ROMANO MARTINEZ, P.: *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Edições de 2006, 2007 e 2010.

ROMANO MARTINEZ, P.: *Direito do Trabalho, II, Tomo I, (Contrato de Trabalho)*, 3ª Ed., Almedina, Lisboa, 1999.

ROMANO MARTINEZ, P.: *Código do Trabalho Anotado*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007.

ROMANO MARTINEZ, P.: *Da Cessação do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2005.

ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

SÁNCHEZ RUBIO, F.: *El Contrato de Trabalho de los Desportistas Profesionales*, Ed. Dykinson, S. L., 2002.

SÁNCHEZ STEWART, N.: *La Profesión de Abogado*, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad Difusión Jurídico, 2008.

SANSEVERINO, R.: *“Il Lavoro nell’impresa”*, 2ª Ed., Unione Rorinese, Turim, 1973.

SARMENTO E CASTRO, C.: *Questões Laborais*, Coimbra Editora, Ano IX, 2002.

SCHMIDT, VIVIEN A.: *Political economy of the new Europe*, Palgrave, New York, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Nacional sindicalismo y relación de trabajo: la doctrina nacional sindicalista de la relación y sus bases ideológicas*, Ed. Akal, Madrid, 1982.

SIERRA HERRERO, A.: *Administradores de sociedades mercantiles y altos directivos laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

STILZ, ANNA: *Liberal loyalty*, Princeton University, New Jersey, 2011.

STOKES, PETER: *Critical concepts in managment and organizations*, Palgrave, New York, 2011.

TAPIA REIG, A.: *Aproximación a la Teoria del Caudillaje en Francisco Javier Conde*, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 69. Julio-Septiembre, 1990.

TILLOY, C.: *Suspension du contrat. Régime de droit commun*, *Jurisclasseur Travail*, Fasc. 28-1, (22).

TRABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, *Revista de Derecho Privado*, 1967.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1992.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, Editorial Relaciones Laborales, *Revista Crítica de Teoría e Práctica*, nº 22, Noviembre 2003.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: *Constituciones y Leyes fundamentales*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2012.

VANDERMAAS, T.: *A Question of Loyalty*, Wiley and Sas Business Series, New York, 2011.

VANHOUCKE, MARIO: *Project management with dynamic scheduling*, Springer Verlag, New York, 2012.

VIEIRA CARLA, I.: *Guia Prático de Direito Comercial*. Almedina, Coimbra, 2007.

VIEIRA DE ANDRADE. J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 2009.

VIEIRA GOMES, J. M.: *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007.

VIEIRA GOMES, J. M.: *Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho*, in *Revista do Ministério Público*, 127, Julho-Setembro, 2011.

VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

VILLA GIL.: *Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas*, *Revista de la Facultad de Derecho* (Facultad de Derecho de Madrid).



ZIDAN F. F.: *The Effect Of Employee Satisfaction On Employee Attitude And Loyalty*, LAP LAMBERT ACADEMIC PUBLISHING AG & CO KG, Koln, 2012.

### ***OUTRAS CONSULTAS BIBLIOGRÁFICAS***

PORTUGAL: Código Civil Português (CCP), Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de Novembro de 1966.

PORTUGAL: Código Comercial Português (CCoP), carta de lei de 28 de Junho de 1888.

PORTUGAL: Código de Procedimento Administrativo Português (CPAP), Decreto-lei n.º 442/91, de 15 de Novembro de 1991.

PORTUGAL: Código de Trabalho Português (CTP), Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro de 2011.

PORTUGAL: Constituição da República Portuguesa (CRP), de 25 de abril de 1976.

Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa.

Real Dicionário da Academia Espanhola.

ESPAÑA: Código Comercial Espanhol (CCoE), Decreto Real de 24 de Novembro de 1885.

ESPAÑA: Constituição Espanhola (CE), de 29 de Dezembro de 1978.

ESPAÑA: Código Civil Espanhol (CCE), Decreto Real, de 24 de Julho de 1889.

ESPAÑA: Estatuto dos Trabalhadores de Espanha (ETE), Decreto Real legislativo 1/1995, de 24 de Março de 1995.

ESPAÑA: Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (RJAP-PAC), Lei nº. 30/92, de 26 de Novembro de 1992.

ITÁLIA: Código Civil Italiano.

FRANÇA: Código do Trabalho.

FRANÇA: Código Civil Francês.

### ***MOTORES DE BUSCA (Portugal/Espanha)***

Boletín Oficial del Estado (Espanha)

Diário da República (Portugal)

Instituto Nacional de Estatística (Portugal)

Jurisprudência Portuguesa, Espanhola e Europeia

Jurisprudência Italiana e Francesa

Biblioteca Nacional (Lisboa)

Biblioteca UCM (Madrid)

Biblioteca da U Coimbra (Coimbra)

Biblioteca da ULHT (Lisboa)

Biblioteca da U Católica (Lisboa)

Biblioteca da U Huelva (Huelva)

Biblioteca do ISMAT (Portimão)

Biblioteca Municipal de Portimão

UGT

CGTP